

NEWSLETTER

中 伦 e 简 报
深度观察

ZHONG LUN
中倫律師事務所

境内上市法律合规概要

001/

冬日焰火
——新《矿产资源法》的变革与突破

014/

员工因过错致企业损失的
责任界定与合规建议

027/

美国发布对华高科技领域投资限制新规

035/

争议解决视角下的人格混同：
举证质证的十问十答

048/



境内上市法律合规概要

作者：年夫兵 李鑫 宋昆



随着企业风险意识的增强，其对合规经营需求越来越高。企业的合规需求，既包括日常经营层面的合规，也包括为完成特定项目需要满足的合规。在完成特定项目的合规方面，企业在境内证券交易所首次公开发行股票并上市（下称“上市”）适用规则众多，监管体系严密，公众高度关注，违规后果严重，其合规（下称“上市合规”）要求及过程管理，最具有代表性。

按笔者经验，上市合规要求主要体现在四个方面，包括：行政及刑事处罚的防范、公司治理完善、股东核查及披露，及争议案件的核查及披露。

第一部分\

行政及刑事处罚的防范

在行政及刑事处罚方面，上市合规工作需要考虑的最重要的因素为，上市主体、上市主体其控股股东、实际控制人近三年内不得存在重大违法行为，否则将导致上市主体不符合上市条件；上市主体的董事、监事和高级管理人员（下称“董监高”）不得存在相应的违法行为，否则不得提交上市申请。

（一）相关规则概述

现行《证券法》及其配套规范关于行政及刑事处罚对上市影响的主要条文如下表所示：



名称	条文	主要内容
《证券法》	第十二条	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 发行人及其控股股东、实际控制人最近三年不存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪
《首次公开发行股票注册管理办法》（下称“《首发办法》”）	第十三条	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 发行人生产经营符合法律、行政法规的规定，符合国家产业政策 ✓ 最近三年内，发行人及其控股股东、实际控制人不存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪，不存在欺诈发行、重大信息披露违法或者其他涉及国家安全、公共安全、生态安全、生产安全、公众健康安全等领域的重大违法行为 ✓ 董事、监事和高级管理人员不存在最近三年内受到中国证监会行政处罚，或者因涉嫌犯罪正在被司法机关立案侦查或者涉嫌违法违规正在被中国证监会立案调查且尚未有明确结论意见等情形
《证券期货法律适用意见第17号》	第三条	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 涉及国家安全、公共安全、生态安全、生产安全、公众健康安全等领域的重大违法行为是指发行人及其控股股东、实际控制人违反相关领域法律、行政法规或者规章，受到刑事处罚或者情节严重行政处罚的行为

上述规范的内容，可从适用主体、重大性标准、影响期间等方面进行进一步拆解，具体如下：

1.在适用主体方面，即哪些主体的违法行为，会对上市主体的上市造成影响。概括而言，不仅是上市主体自身的违法行为，上市主体的控股股东、实际控制人、其他持股5%以上的股东、董监高及其附属公司的违法行为，也会对上市主体的上市造成不利影响，具体如下表所示：



主体	界定	影响
发行人	✓ 上市法律主体	✓ 36个月内不能提交上市申请
控股股东/ 实控人	✓ 包括直接或者间接控股股东及实际控制人	✓ 同上
子公司	✓ 对主营业务收入或净利润占比不超过5%的子公司除外； ✓ 并购而来的子公司，相关处罚于发行人收购完成之前执行完毕除外	✓ 同上
董监高	✓ 仅指现任董监高，不包括离任董监高	✓ 如遭受证监会处罚的，则36个月内不能提交上市申请； ✓ 如正在被证监会调查或正在被刑事调查的，则不能提交上市申请
持股5%以上 股东	✓ 包括直接或者间接持股5%以上的股东	✓ 非上市条件，但属应在上市申报文件中披露的事项

2. 在重大性标准方面，即什么样的违法行为及情节，会构成重大违法。上述规定关于重

大违法的界定如下表所示：

项目	内容
涉及领域	原则上，重大违法行为，限于如下领域的违法行为；但其他领域的违法行为，也可能构成重大违法行为，需要予以必要的关注： ✓ 贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪； ✓ 欺诈发行、重大信息披露违法； ✓ 国家安全、公共安全、生态安全、生产安全、公众健康安全等领域的重大违法
关注起点	✓ 罚款，即如违法行为引致罚款，即需要论证是否构成重大违法行为
例外情形	即使因违法行为遭受罚款及其他处罚，但如属如下情形之一，则可不视为重大违法： ✓ 违法行为显著轻微、罚款数额较小； ✓ 相关处罚依据未认定该行为属于情节严重； ✓ 有权机关证明该行为不属于重大违法
再例外	即使符合上述可不视为重大违法的情形，但如违法行为引致严重环境污染、重大人员伤亡、社会影响恶劣的，也属于重大违法行为

3. 在违法行为影响的期限方面，即违法行为会在多长期限内导致拟上市主体不符合上市

条件，及相应的起算、终止时点、其他法定时效概念如下表所示：

项目	内容
影响期间	✓ 36个月（非三个会计年度），即相关主体在36个月内存在重大违法行为的，则上市主体不符合上市条件
起算时点	✓ 36个月为从刑罚执行完毕或行政处罚执行完毕之日起计算
终止时点	✓ 提交上市申请材料之日，直至最终完成上市
行政处罚时效	✓ 一般两年，特殊五年（属公民生命健康安全、金融安全且有危害后果的违法行为，及税务违法行为）
刑事处罚时效	✓ 五至二十年，视法定刑期而定

（二）具体规范要求

尽管有上述规定，但一方面上述规定在内容上比较宽泛，另一方面，审核机关可能会不时提出新的关注事项或者要求，因此，拟上市企业需要按照在所有重大方面都避免存在重大违法的原则，进行规范。

对拟上市企业而言，主要规范领域及关注要点如下：

1. 关键人员规范

如前所述，上市合规不仅关注上市主体及其附属公司的合规情况，还会关注上市主体的相关关键人员的合规情况。该等关键人员主要

为上市主体的控股股东及实际控制人、董事、监事、高级管理人员及科技企业的核心技术人员。因为该等人员对上市主体的治理结构、经营能力及核心竞争力，有着重要的影响。

对上市主体的控股股东及实际控制人、董监高，主要需要关注其最近三年内是否存在重大违法行为，及是否存在被司法机关立案侦查或者被证监会立案调查尚未有明确结论的情形。

除前述规定外，《首次公开发行股票并上市辅导监管规定》第三十九条还规定，在上市辅导过程中，中介机构及监管部门还会关注上市主体及其实际控制人和董监高的“口碑声誉”

情况，包括曾经存在的违法情况、失信情况、潜在风险及履行社会责任的情况等，且未将该等情形的发生期限限于三年内。因此，谨慎起见，如上市主体的实际控制人和董监高在三年期限外存在《首次公开发行股票并上市辅导监管规定》第三十九条规定的不良“口碑声誉”情形的，亦需要谨慎评估监管可能的态度及其对企业上市的影响。

2. 主营业务相关规范

《首发办法》第十三条规定，发行人生产经营符合法律、行政法规的规定，符合国家产业政策，即上市主体在业务经营方面，应符合法律、法规及国家产业政策的规定。具体而言，需要关注的要点如下：

(1) 产业政策方面，发行人的业务，是否属于国家禁止或者限制的产业领域，或者在发行人属外资企业的情况下，是否属于国家禁止或者限制外资经营的情况；

(2) 业务来源方面，发行人的业务如在报告期内发生相关并购、重组的，是否导致发行人的主营业务发生重大不利变化，是否涉及需要履行经营者集中申报相关义务及其履行情况；如发行人的业务相关资产来自上市公司的，则需要关注是否损害上市公司利益及相关程序是否合法、合规；

(3) 业务资质方面，发行人在整个报告

期内，是否均取得了必要的经营资质，及相关资质是否存在被撤销的风险；

(4) 销售及采购方面，发行人或者关键人员是否存在行贿、受贿等经济犯罪的情况，是否存在违反招投标相关法律法规的情况，相关价格管理是否符合规定；

(5) 产品或者服务方面，包括相关产品或者服务是否符合相关质量管理要求；涉及采集、存储、加工、传输相关数据的，是否符合国家关于数据管理的规定；

(6) 特定业务模式的合规性方面，如融资性贸易业务涉及会计处理的规范性、开具相关发票及收取相关资金成本的合规性等。

3. 知识产权相关规范

知识产权是现代企业最主要的经营资源，通常包括专利、商标、商号、著作权、商业秘密等。知识产权的合规瑕疵，既可能引致行政处罚、刑事责任，更可能引致争议纠纷，是上市过程中需要关注的重要合规事项，常见的瑕疵类型包括：

(1) 拟上市主体涉嫌侵犯他人知识产权（通常包括其产品或者其他经营活动涉嫌侵犯他人知识产权），导致其需要停止相关侵权行为、赔偿相关损失或者遭致行政甚至刑事处罚；

(2) 与他人签订相关知识产权许可使用合同，但未按照合同约定足额支付相关使用费

用，可能引致的纠纷；

(3) 他人涉嫌侵犯拟上市主体的知识产权，即上市主体不能充分保护自身的知识产权，导致发行人因此可能产生相关损失；

(4) 因为员工聘用引致的相关纠纷，如职务发明的归属、侵犯商业秘密等。

4. 土地房产相关规范

土地及相应房产，通常是企业经营的重要基础资源，但对不同的企业而言，其重要性可能会有所差异；不同程度（既包括违法违规性质上的程度，也包括存在法律瑕疵的不动产占企业使用的不动产总量比例大小）的瑕疵，对上市的影响，亦会有所不同。因此需要结合相关具体情况来判断相应影响。

举例而言，按行业属性划分，不同企业存在的可能影响上市的土地及房产瑕疵通常如下：

(1) 对制造业企业而言，常见的瑕疵为租赁的生产用房建设手续存在瑕疵，或者自有房产的建设手续存在瑕疵；

(2) 对发电（尤其是新能源发电）企业而言，常见的瑕疵为非法占用农用地用于电站建设；

(3) 对于农业企业而言，常见的瑕疵为变更土地用途，例如将耕地用于林业生产、将农用地用于养殖设施的建设等。

按相关瑕疵的法律性质划分，土地及房产的相关瑕疵，可包括非法变更土地用途、违规使用集体所有土地或者划拨土地、国有土地闲置被要求征收闲置费甚至收回、未经许可进行建设、擅自变更土地及房产的规划用途等，相应的违法后果及其对上市的影响亦有不同。

5. 环境保护相关规范

保护环境，是企业的社会责任之一；企业履行环保责任的情况，也一直是上市合规的重点。经过多年的发展，国家环境保护制度及监管体系已经比较健全。根据相关规定，企业建设项目需要履行的环保相关手续，主要包括建设项目环境影响评价、建设项目的审批或者备案、建设项目的投产验收、污染物的排放许可及生产过程中的持续监督等。

实务中，企业经营过程中常见的环保违规情形，主要包括建设项目开工前未取得环保主管部门的批准、建设项目投产前未办理环保验收、未及时办理排污许可证或排污登记、生产过程中超过主管部门批准的相关限制（如超过相关产能、采用未经批准的工艺等）、危险废物的管理及处理不合规等。

环保方面的违规行为，遭致的法律后果也通常较为严重，包括罚款、停止建设或生产，甚至被追究刑事责任；因环境污染给他人造成损害的，受害人还可因此起诉企业要求赔偿损

失。因此，如发生环保违法行为，很容易导致发行人在三年内不符合上市条件，需要重点关注。

此外，如拟上市企业的建设项目属于“高耗能、高排放”项目（如石油、煤炭及其他燃料加工业，化学原料和化学制品制造业，非金属矿物制品业，黑色金属冶炼和压延加工业，有色金属冶炼和压延加工业，电力、热力生产和供应业等），或者其产品属于“高污染、高环境风险”产品的，还需要重点关注其在建及拟建的建设项目是否按照《固定资产投资项目节能审查办法》的规定办理了相关节能审查手续，否则也存在被要求停止建设、停止生产，并处以罚款等处罚的风险。

6. 税务规范

依法纳税，是企业及其经营者的法定义务。因为企业经营情况的复杂性及外部环境的影响，相关主体的纳税合规情况比较复杂，常见的不合规情况包括：

（1）因报告期外未足额缴纳所得税、增值税等主要税款，在报告期内，被要求补缴税款甚至被处罚。在报告期内，一般经过规范后，该等违规风险较低；

（2）因协助员工规避工资奖金方面的所得税引致的违规；

（3）股东因隐匿股权转让所得、未及时

申报股权转让所得引致的违规。

上述税务违规引致的后果通常包括需要补缴税款及滞纳金，及可能因此遭受税务主管部门的处罚；如发生相关风险，则均需要披露；其对上市条件的影响，则需要结合具体情况进行分析。

7. 跨境规范

我们国家对资金及相关投资的跨境，有着严格及系统的监管，主要体现为对贸易项下的外汇监管、对资本项下的外汇监管及外资对中国境内投资和中国居民对境外投资的跨境投资监管。

外汇监管方面，贸易项下的外汇监管主要与企业的进出口业务有关，监管体系比较完善，在拟上市企业中发生违规的情况较少；而在资本项下的外汇监管方面，因为实务的复杂性，违规情况相对多见，且违规涉及的罚款金额一般较大，会给向监管机构说明不构成重大违法，造成一定困难，例如：

（1）股东违规将境内资金转移至境外，再用于对境内进行投资；

（2）掩盖事实，将“返程”投资登记为一般的外商投资；

（3）违规进行跨境换股，涉嫌逃汇等；

跨境投资方面，常见的不合规情形包括：

（1）中国居民个人的境外投资，无法办理

相关境外投资手续；

(2) 中国居民企业的境外投资手续不完善，例如仅办理了商务主管部门的手续，但未办理发改主管部门的手续；

(3) 外资对中国境内的直接投资或者间接投资，不符合国家关于外资产业准入的相关规定。

跨境投资方面违规的重要特征是，虽然直接遭受处罚的风险一般较低，但进行规范或者补办相关手续难度较大、耗时较长，对上市的不利影响也不可忽视。

8. 劳动用工规范

劳动用工合规，是企业上市过程中，最具共性的合规问题。该问题主要包括两个方面，一是企业遵守劳动法的相关情况，二是企业为员工缴纳社会保险及住房公积金方面的合规情况。

(1) 在遵守劳动法方面，首先要关注的是企业用工方式的合法性。企业的用工方式，可分为三种，分别是劳动合同、劳务派遣和劳务外包。三者中，一般应以劳动合同用工为主，劳务派遣和劳务外包为辅。

劳动合同用工方式下，主要需要遵守劳动法的相关规定，常见的合规瑕疵包括工作时间、工资支付、劳动合同签订等方面不符合法律规定，引致员工起诉，或者劳动主管部门的

调查、处罚等。截至目前，国家关于劳动方面的法律法规及行政、司法救济机制都比较完善，企业的合规意识也普遍较强，一般除与员工之间的诉讼、仲裁案件外，遭受劳动主管部门调查或者处罚的情况，已经比较少见。

劳务派遣用工方式下，因其属于劳动合同用工方式的补充，国家为避免企业滥用该等用工方式，对劳务派遣用工均设有相应限制条件，企业需要符合该等限制条件。相关条件包括，经营劳务派遣业务的单位，需要持有相关许可证；企业只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上使用被派遣劳动者；企业使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的10%。实务中，企业的劳务派遣用工不符合前述限制条件的情况经常存在，其中尤其以劳务派遣的用工数量超过企业用工总量的10%最为常见。拟上市企业如存在该等情形的，应尽量避免因此遭受处罚，且需要在提交上市申请前予以纠正。

劳务外包本质上不属于一种用工方式，而是企业的一种业务管理方式，即把部分业务环节，分包给外包机构，由外包机构完成该部分业务，外包机构自行负责聘请及管理完成该部分业务的员工，企业与该部分员工无直接法律关系。上市审核实务中，如果企业存在较大规模的劳务外包情况的，则可能会被关注是否以

劳务外包的方式，规避劳务派遣的情况。

(2) 在缴纳社会保险和住房公积金方面，上市监管部门主要关注企业是否依法足额为员工缴纳了社会保险和住房公积金、未为部分员工缴纳社会保险和住房公积金是否构成重大违法、测算补缴金额及是否影响发行上市财务指标等。随着社会保险和住房公积金方面的执法越来越严格，对企业为员工缴纳社会保险和住房公积金的要求会越来越高，即企业为此需要付出的成本也会相应增大。

9. 财务内控规范

除上述情形外，根据《监管规则适用指引——发行类第5号》第1-8项的规定，如拟上市企业存在财务内控不规范的情形，例如转贷（指无真实业务支持情况下，通过供应商等取得银行贷款或为客户提供银行贷款资金走账通道）、票据融资（向关联方或供应商开具无真实交易背景的商业票据，通过票据贴现获取银行融资）、出借公司银行账户，则除会被认为内控存在缺陷，需要整改外，还需要关注该等瑕疵是否可能构成重大违法行为，进而可能导致拟上市企业不符合上市条件。

具体而言，转贷行为，可能会被认为违反《贷款通则》关于贷款用途的规定，甚至可能构成《中华人民共和国商业银行法》规定的骗取贷款的行为，存在遭受行政处罚甚至刑事处

罚的风险；票据融资行为，因为涉及开具无真实交易背景的票据，可能会被认为违反《中华人民共和国票据法》的规定；出借公司银行账户的行为，则可能会被认为违反《人民币银行结算账户管理办法》的规定，进而有遭致相关处罚的风险。

第二部分\

公司治理完善

拟上市企业需要参照上市公司规范治理的相关规定，包括《公司法》及证监会制定的《上市公司治理准则》《上市公司章程指引》、交易所的股票上市规则及规范运作指引性文件等，以满足上市公司规范治理的相关要求。

该等要求主要体现在三个方面，分别是拟上市企业在独立性方面符合相关要求，拟上市企业在治理结构健全方面需要满足的相关要求，及拟上市企业应建立规范的治理制度。规范治理要求与前述合规经营的要求，主要区别在于违反规范治理要求，一般并不会遭致行政处罚或者刑事处罚，原则上在提交上市申请前符合相关要求即可。

独立性方面的要求，从积极的角度看，要求拟上市企业在业务、资产、人员、财务、机

构等方面，独立于其关联方，不能存在相互共用、占用等情形；从消极的角度看，首先，拟上市企业与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业间不存在对其构成重大不利影响的同业竞争，（如竞争方的同类收入或者毛利占拟上市企业主营业务收入或者毛利的比例达百分之三十以上的，如无充分相反证据，原则上应当认定为构成重大不利影响的同业竞争）；其次，拟上市企业与其关联方之间如存在交易的，则该等交易应履行所需的关联交易决策程序，且为必要、合理及公允的，及拟上市企业的业务不能够依赖于该等关联交易（如关联交易的指标，占拟上市企业相关指标的比例超过百分之三十的，则会被要求详细说明是否构成依赖，及明确降低关联交易的具体措施）。

公司治理方面的要求，主要是建立完善的股东会、董事会（包括董事会各专门委员会）、监事会及管理层的治理结构，并按照公司章程等规定，规范运作。其中董事会中，应有三分之一以上的董事为独立董事，且同时担任公司高级管理人员的董事及由职工代表担任的董事，不得超过董事会成员的半数；公司董事及高级管理人员及其配偶和直系亲属不得担任监事；公司董事、监事和高级管理人员应具备相应的任职资格，且不存在《首发办法》规定的负面情形。

公司治理制度方面的要求，主要是参照拟上市所属板块的要求，制定或者完善公司章程、“三会”议事规则及其他相关配套制度。

第三部分\

股东核查及披露

股东的核查与披露，涉及控股股东与实际控制人的认定是否准确、不适格股东的排查、股权争议的排查、股东出资是否充足、是否存在股权代持、是否存在利益输送及洗钱、是否涉嫌损害国有或者集体资产、股东持股锁定期的确定是否准确等众多敏感法律问题，是境内上市过程中最重要的法律事项之一。但是，从上市合规的角度看，该问题更主要是信息披露问题，而非因违法可能引致处罚的问题。

针对拟上市企业的股东核查及披露，证监会出台的主要规定为《监管规则适用指引——关于申请首发上市企业股东信息披露》及《证监会系统离职人员入股拟上市企业监管规定（试行）》（原《监管规则适用指引——发行类第2号》已被相应废止），沪深交易所也根据证监会的规定，出台了相关配套文件。

其中，《监管规则适用指引——关于申请首发上市企业股东信息披露》全面规定了对拟上市企业股东核查及披露的相关要求，包括是

否存在股份代持、是否存在不合格股东、对申报前12个月内新增股东的核查及股份锁定、股东入股是否存在交易价格异常、私募基金股东是否符合金融监管要求等，并对中介机构需要采取的核查手段进行了规定；《证监会系统离职人员入股拟上市企业监管规定（试行）》则进一步针对拟上市企业是否存在证监会系统离职人员直接或者间接入股情况的核查、规范及披露作出规定。

根据该等规定，中介机构需要就股东核查及披露出具专项核查报告，在申请上市的同时提交给监管部门。

第四部分\

争议案件核查及披露

（一）常见争议案件

诉讼、仲裁案件（下称“**争议案件**”）在拟上市企业的各经营环节均可能发生，包括劳动争议、业务合同纠纷、债务纠纷及各类侵权纠纷（如知识产权纠纷）等。尤其是涉及发行人业务合同的潜在争议案件，相关方起诉前，往往较为隐蔽，不易识别。具有代表性的情况，包括：

（1）特定行业因为生产原料等资源紧张，签订的类似“保供”合同的风险。如在锂电行

业，因关键材料紧张，下游企业与上游企业签订保障供应合同，涉及的承诺大额采购、支付大额预付款及约定高额违约金，可能引致严重违约风险。

（2）融资性贸易业务模式中，相关方签订的合同通常为“走单不走货”的模式，而一方的所谓上下游，通常为关系密切的关联方，甚至为“马甲”公司，其不仅在合规上存在较大争议，在履行过程中，容易“弄假成真”，给参与方造成重大损失。

（3）企业与地方政府招商引资部门签订招商引资类合同，约定企业需要完成相应的投资强度、纳税额度等义务，及限制企业处置其通过优惠条件取得的土地及房产。如企业不能兑现相关承诺，则存在需要缴纳违约金、返还相关财政支持，甚至被收回土地及房产的风险。

（二）对上市的影响

拟上市企业涉及争议案件，从上市角度，涉及两个维度的判断，一是争议案件是否会导致拟上市企业不符合上市条件，二是争议案件的披露标准，即拟上市企业需要在申请上市过程中，披露什么样的争议案件。

对上市条件的影响方面，《首发办法》第十二条规定，“发行人业务完整，具有直接面向市场独立持续经营的能力……不存在涉及主要

资产、核心技术、商标等的重大权属纠纷，重大偿债风险，重大担保、诉讼、仲裁等或有事项，经营环境已经或者将要发生重大变化等对持续经营有重大不利影响的事项”。根据该规定，拟上市企业涉及争议案件对上市的影响，取决于其对拟上市企业持续经营的影响；即使存在争议案件，如争议案件预计不会影响拟上市企业持续经营的，则亦不会构成上市障碍。

披露标准方面，《首发办法》及其配套规定并无针对性的规定。实务中，存在两种做法。一种是比较谨慎的做法，即无论争议案件影响大小，均进行披露；另一种是参照上市公司需要披露重大的争议案件的标准（如深交所主板上市规则规定的“涉案金额超过1000万元，且占上市公司最近一期经审计净资产绝对值10%以上”）进行披露。但是，无论采用何种披露方式，中介机构都会原则上对拟上市企业涉及的所有争议案件进行核查后，方可作出判断。

第五部分\

结语

以上为根据现行有效规定及我们的实务经验，对企业上市过程中涉及的常见合规问题进行的总结，供相关方参考。拟上市企业实现上

述合规目标，需要综合考虑规则的变化、监管机构的最新要求、上市的时间表、所处的上市推进阶段及实现合规所需的成本等因素确定，系统筹划，在中介机构的辅导下，逐步推进，最终实现上市目标。 ☒



年夫兵
合伙人
资本市场部
深圳办公室
+86 755 3325 6998
nianfubing@zhonglun.com

冬日焰火——新《矿产资源法》 的变革与突破

作者：田海晨 王振华 张成 李伟



立冬已至，天气渐凉。刚进初冬的我们，就像每天等待暖阳披在身上一样，等待着新《矿产资源法》的亮相。

2024年11月8日，十四届全国人大常委会第十二次会议审议通过了《中华人民共和国矿产资源法》（以下简称“新矿法”），新矿法将于2025年7月1日起正式施行。这一天，对于从事矿产资源领域相关工作的同仁们来说，照亮天空的不仅只有每天不见不散的太阳，还有只在今天限时供应的冬日焰火。

接下来，就让我们抬起头，跟随笔者的旁白，静静欣赏这场已经等待了二十八年之久的“焰火表演”，去体会每一个值得凝思的突破与变革。

第一部分\

相比于96矿法，新矿法关于矿业权有偿取得制度的内涵已发生根本性变化，且矿业权概念正式被法律规定所确认

新矿法第十六条规定：“国家实行探矿权、采矿权有偿取得的制度。探矿权、采矿权统称矿业权”。

乍看之下，此条似乎同96矿法（以下简称“旧矿法”）第五条规定的“有偿取得制度”并无区别。但事实上，随着我国矿业权权益金制度改革方案于2017年落地实施，有偿取得制度的

内涵亦发生了根本性变化，即把原来只对国家出资探明矿产地收取、反映国家投资收益的矿业权价款，调整为适用于所有国家出让矿业权、体现国家所有者权益的矿业权出让收益。因此，新矿法关于有偿取得制度的规定体现的是国家对于矿产资源的所有者权益，而旧矿法体现的则是国家对于探明矿产地的投资收益。对此予以区分的现实意义在于，笔者发现，在许多因矿业权出让收益最终承担主体发生争议而引发的涉矿企业股权转让纠纷中，大部分法院及仲裁机构因不具有矿业背景知识而普遍认为“缴纳矿业权出让收益的原因一定是未完成有偿处置，而96矿法也规定了取得矿业权需进行

有偿处置，故矿业权人当下缴纳出让收益也一定是因原来出让时未完成有偿处置而导致的，据此认定出让收益实际缴纳义务应由原股东承担”。但事实上，价款时代的有偿处置不是面向所有矿业权人（空白地矿业权人无需缴纳价款），而出让收益时代的有偿处置则无一例外（空白地矿业权人亦需缴纳出让收益）。没错，颇有哲学的味道，你还叫你，但你已不是你。

因此，对于这种“哲学问题”，平心而论，我们无法苛责没有矿业领域研究及实践经验的裁判者们不能通过个案理解两者的区别，但笔者希望立法部门和矿政管理机关能够在新矿法相关解读及配套的行政法规、部门规章中对此问题予以阐述，唯有如此，才能指导裁判者们形成符合矿政管理规定的判决/裁决。

此外，新矿法出台前，矿业权的概念系通过《矿业权出让转让管理暂行规定》（国土资发〔2000〕309号）予以确认的，位阶较低，这就导致了許多涉矿纠纷案件中，明明是矿业权受到了侵害（即侵害行为横跨探矿权和采矿权两个阶段），但却只能以探矿权或采矿权相关案由择一予以立案，既尴尬又无奈。但笔者相信，随着新矿法的出台，矿业权已被提升为法律概念，相关司法机关亦会调整案由规定，依法全面保护矿业权人享有的矿业权益。

第二部分\

明确通过竞争性方式出让矿业权的，自然资源主管部门应公告拟出让矿业权的基本情况等事项，且不得以不合理的条件对市场主体实行差别待遇或者歧视待遇

新矿法第十九条规定：“通过竞争性方式出让矿业权的，出让矿业权的自然资源主管部门（以下称矿业权出让部门）应当提前公告拟出让矿业权的基本情况、竞争规则、受让人的技术能力等条件及其权利义务等事项，不得以不合理的条件对市场主体实行差别待遇或者歧视待遇。”

就拟出让的矿业权应公布哪些基本情况，《自然资源部关于印发矿业权出让交易规则的通知》（自然资规〔2023〕1号）给出了答案，其第二条第十项规定，拟出让矿业权的基本情况包括项目名称、矿种、地理位置、拐点范围坐标、面积、**资源储量（勘查工作程度）**、开采标高、拟出让年限、资源开发利用情况、多目标管理、开发全过程的动态管理要求，以及土地复垦、矿山地质环境保护与治理恢复、海洋生态环境保护要求等。其中，就资源储量的披露问题，笔者需要特别释明的是，**随着矿业权出让收益“金改率”政策的实施，矿**

政管理机关在矿业权招拍挂出让时收取的费用仅为竞买人取得矿权的机会费用（虽然《矿业权出让收益征收办法》（财综〔2023〕10号）明确该成交款属于出让收益的一部分，但笔者依然倾向于认为其本质为竞争门槛费），且由于竞买底价的确定不再同资源量挂钩，故其披露的资源储量亦不构成其对矿业权相关权益的保证。如果竞买人经过复核后发现储量不实，亦很难据此要求变更成交价或解除《矿业权出让合同》。

与此同时，该条亦明确规定不得以不合理的条件对市场主体实行差别待遇或者歧视待遇。就此问题，笔者在各地公开可查询的矿业权出让公告中时常能够看到具有明显排他性的摘牌前提条件。如竞得人必须于成交确认书签订后30日内取得地方政府出具的开发主体资质文件，否则不予签订《矿业权出让合同》；再如竞得人必须于3个月内取得确定其为整合主体的文件，否则竞得行为无效等等。一旦由此引发行政诉讼，出让机关往往以招拍挂公告属于要约邀请，参与招拍挂属于要约，签订成交确认书属于承诺为由，依据合同关系要求竞得人履行合同义务，否则即按照合同约定解除协议。但事实上，根据笔者经办的案例来看，法院普遍认为矿业权招拍挂出让行为并不仅仅是民事行为，更是行政许可行为。或者说，行政

许可是目的，招拍挂出让是手段。因此，矿业权出让应首先符合行政许可的规定，要按照矿业权设立的条件审查招拍挂的条件，且行政法的审查标准是法无规定不可为。因此，在矿业权出让过程中是不能够设立行政法没有规定的前置条件的。

但需要提示各位同仁注意的是，新矿法已将原来体现行政许可和用益物权双属性的勘查/采矿许可证拆分为体现单一用益物权属性的矿业权证和单一行政许可权属性的勘查/采矿许可证。那么在新矿法实施后，矿业权招拍挂出让行为还是行政许可行为吗？这个问题，就暂时留给时间吧。

第三部分\

进一步强调了探、采权利的完整统一性，明确探转采为排他性权利，探矿权人在探明可供开采的矿产资源后即可申请转采

新矿法第二十三条第一款规定：“探矿权人在登记的勘查区域内，享有勘查有关矿产资源并依法取得采矿权的权利”；第二十五条第一款规定：“探矿权人探明可供开采的矿产资源后可以在探矿权期限内申请将其探矿权转为采矿权；法律、行政法规另有规定的除外。原矿业

权出让部门应当与该探矿权人签订采矿权出让合同，设立采矿权”。

新矿法相比于旧矿法，不再扭捏地、小心翼翼地诉说着探矿权和采矿权的内在关系，而是无比丝滑、高效、简洁地将探、采权利的完整统一性通过一句话表达了出来，即“探矿权人享有依法取得采矿权的权利”。笔者在之前已发表的文章中即已详尽论述了探转采是排他权而非优先权，新矿法则四两拨千斤，以一言道尽万语。

更为重要的是，在可预见的未来，该条款一定会成为司法机关重塑“非法采矿构罪要件”的重要依据，也会成为最高人民法院在修改《关于审理矿业权纠纷案件适用法律若干问题的解释》时的重要凭借。因为在当下的司法机关视角下，普遍认为探矿权和采矿权是彼此泾渭分明的存在，且按照传统的权利内涵文义解释，探矿权人享有的仅仅是勘探的权利，至于蕴含的资源储量及最终开采出的矿产品则同其没有任何关联。但事实上，新矿法的出台进一步证明了探矿权和采矿权不是彼此割裂的权利，而是承接取得的，权利上具有连续性。采矿权是探矿权达到转采程度的权利转变和阶段递进，当探明可供开采的矿产资源后便可直接转采，且负予了矿政管理机关一项强义务，即应当与探矿权人签订采矿权出让合同，设立采

矿权。因此，在认定非法采矿罪时，不能将探矿权和采矿权按照两个完全不同且彼此没有任何关联的权利来对待。不能仅就采矿权说采矿权，权利许可的起点应为探矿权。

与此同时，现行有效的《最高人民法院关于审理矿业权纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2020年修正）第二十条规定：“因他人越界勘查开采矿产资源，矿业权人请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、返还财产、赔偿损失等侵权责任的，人民法院应予支持，**但探矿权人请求侵权人返还越界开采的矿产品及收益的除外**”。对此规定，笔者在新矿法出台前即不能认同。与此同时，在笔者经办的一宗涉矿侵权纠纷案件中，一审法官也作出了完全割裂探矿权、采矿权内在关系的判断，其认为根据法律规定探矿权人仅享有优先转采的权利，且需要的前置要件非常多（即不具有转采的高度盖然性），因此即使被告侵权行为发生于我方已完成勘探报告的评审备案之后，且最终亦取得了采矿权，但鉴于侵权行为仅存在于我方持有探矿权阶段，故无法主张相关矿产资源损失，本案目前已进入高院二审阶段。

由此观之，司法机关事实上普遍对于探、采权利关系以及探矿权阶段是否享有矿产资源权益均不甚了解，故仅能从文意角度得出完全不符合矿政管理实务现状的结论。但随着新矿

法的出台，笔者相信这种情况会得到改观，司法机关也一定会重新全面了解、审视探矿权和采矿权的内在关系，并对转采高度盖然性、矿产资源权益等问题形成更加符合矿政管理现实的法律结论。

第四部分\

明确开采区域内仍有可供开采的矿产资源的，依法予以续期

新矿法第二十四条第三款规定：“采矿权的期限结合矿产资源储量和矿山建设规模确定，最长不超过三十年。采矿权期限届满，登记的开采区域内仍有可供开采的矿产资源的，可以续期；法律、行政法规另有规定的除外。”

有这样一类《采矿权出让合同》（大多出现于建筑用砂石土矿采矿权），相信各位同仁们一定不会陌生，比如某采矿权矿区范围内砂石矿保有资源储量500万吨，但限定只出让6年，生产规模30万吨/年，因此最终出让资源储量为180万吨。至于剩下的资源量，矿政管理机构认为没有出让，如果采矿权人180万吨资源开采耗竭后，则可收回采矿权重新进行招拍挂，但采矿权人则想以延续方式继续开采。那么问题来了，行政机关能否为其办理延续并同意其继续开采剩余资源呢。

新矿法出台前，当地自然资源主管部门曾委托笔者对此问题进行详尽论述。如今，新矿法出台后，相信不会再有行政机关对此问题存在质疑了，但其背后的法理又是什么呢？

一方面，《宪法》第九条规定：“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”；新矿法第四条规定：“矿产资源属于国家所有，由国务院代表国家行使矿产资源的所有权……”；第五条规定：“勘查、开采矿产资源应当依法分别取得探矿权、采矿权”。依据上述法律可知，**对于矿产资源，国家出让的只是勘查、开采的权利，而非资源储量本身。这个问题从法律层面上看似非常简单且毫无争议，但于矿政管理角度而言，由于矿业权具有强烈的行政权属性，加之此前无论是矿业权价款还是矿业权出让收益的确定均同资源储量密切相关，故在出让建筑用砂石矿时往往更加强调出让资源储量的概念。但事实上，国家出让的是特定区域（即矿区范围内）的开采权利。**

另一方面，呈如上文所述，国家对于采矿权的管理强调两个维度，一是矿区范围，二是矿证期限。即采矿权人享有的是在批准的矿区范围和期限内依法开采并获得相应矿产品的权利。这里没有强调储量，而是强调范围的概念。因此，对于采矿权人来说，其通过出让取

得的采矿权不应以储量作为权利多寡的依据，即在采矿权出让合同没有特殊约定的情况下（特殊约定是指采矿权出让合同已明确约定到期后不再延续，或者相应储量的砂石矿被开采完毕后不再扩储等基于双方真实意思表示达成的合意约定），采矿权人应在批准的矿区范围内享有开采和获得全部保有资源储量对应的矿产品。

因此，笔者认为，新矿法这一条款的制定不仅体现了对于宪法的遵守，更明确了认定采矿权人对哪些矿产资源享有开采权益的标准即为证载矿区面积，无关储量，甚至无关时间（因为可以续期）。



第五部分\

矿权设立方式发生重大变革，由体现一证赋两权的勘查/采矿许可证（行政许可权+出让收益权）拆分成两证赋两权的探矿/采矿权证（用益物权）和勘查/开采许可证（行政许可权），由此引发一系列待解决的重大问题

新矿法第二十二条第一款规定：“设立矿业权的，应当向矿业权出让部门申请矿业权登记。符合登记条件的，矿业权出让部门应当将相关事项记载于矿业权登记簿，并向矿业权人发放矿业权证书”；第三十三条规定：“矿业权人依照本法有关规定取得矿业权后，进行矿产资源勘查、开采作业前，应当按照矿业权出让合同以及相关标准、技术规范等，分别编制勘查方案、开采方案，报原矿业权出让部门批准，取得勘查许可证、采矿许可证；未取得许可证的，不得进行勘查、开采作业。矿业权人应当按照经批准的勘查方案、开采方案进行勘查、开采作业；勘查方案、开采方案需要作重大调整的，应当按照规定报原矿业权出让部门批准”。

说真的，如果问新矿法新增的哪一条最为重磅，此条当仁不让且没有之一。对于矿权设

立进行如此颠覆式的变革与突破，不仅需要勇气，更需要全盘考虑行政许可权与用益物权分离后的许可、变更、流转、抵押、消灭等问题。说真的，这是一项工作量很大的系统工程，而笔者目前能做的，也只是系统性地提出些问题，供大家作为讨论的靶子。

首先，为何要改？众所周知，无论是法学理论界，还是矿政管理界，抑或司法裁判界，都已对矿业权的性质形成了基本共识，即矿业权属于行政许可和用益物权的混合权利。在笔者眼里，一直觉得混得好，混得自然，混得还算能分清彼此，因此从未动过将它俩分开的念头。但就新矿法的最终意见来看，立法者们显然觉得它俩不能一直这么不清不白地呆在一个权利壳里，得拆开，各自“奔前程”，觉得分开了，边界清楚了，用益物权的私法财产性权利和行政许可的公法秩序性权利才能得到更好地保障。但依笔者之拙见，**无论探矿权还是采矿权本质上都是行为权利，故其自身的用益物权财产性价值必须依赖于行政许可权的强有力保障（即允许探和采方能彰显价值）。**但如今，它俩各奔东西后，都将失去彼此原有的价值，唯有合体，才能成就彼此。因此，为了更好地而分开的美好愿望是否能如期实现可能仍需更多的努力和制度的“撮合”。

其次，怎么改的？依据前述规定可知，新

矿法将原本体现一证赋两权的勘查/采矿许可证（行政许可权+出让收益权）拆分成两证赋两权的探矿/采矿权证（用益物权）和勘查/开采许可证（行政许可权）。**因此，取得矿业权证后的矿业权人依然不能进行勘查和开采活动，唯有通过行政许可程序继续取得勘查/采矿许可证后，方能实现矿业权的财产性价值。**

最后，会产生哪些问题？**第一，从两权利的内涵角度入手，**探矿/采矿权即指矿业权人拥有勘查、开采的权利（新矿法第二十三条第一款、第二款），而勘查/开采许可证赋予被许可人的还是勘查/开采的权利（新矿法第三十三条），两宗权利的内涵即存在说也说不清的交叉重叠关系；**第二，从两权利的期限角度入手，**新矿法规定探矿权证期限为5年，采矿权证期限最长30年，但对于勘查/开采许可证的期限则无任何规定，是必须和矿业权证期限保持一致，还是基于矿政管理需要可以任意调整许可期限，如一致则还好说，如果不一致的话，该如何保障矿业权的财产性权益是持续、稳定且安全的呢；**第三，从两权利的证载权利主体角度入手，**是否会出现矿业权人和对应的勘查/开采许可证权利主体不一致的情况呢。比如说，是否允许采矿权承包人以自身名义办理采矿许可证呢，是否允许煤炭整体受托人以自身名义办理采矿许可证呢。反之，比如在债权债务关

系中，采矿权人变更为债权人金融机构，而采矿许可证持有人继续为债务人；**第四，从两权利的抵押角度入手**，矿业权是可以抵押的（新矿法规定探矿权亦可抵押），但勘查/采矿许可证不具有可抵押的法律依据（行政许可权没法抵押）。而矿业权的价值又必须依赖于许可权，因此，许可权的期限和安全稳定性便直接决定了抵押担保物权的价值，这就会导致一个很奇怪的结果发生，矿业权的抵押或将随时处于不稳定的状态中，进而大大影响矿业权的抵押及流通价值；**第五，从两权利的变更角度入手**，勘查/采矿许可证是否随矿业权事项的变更而变更，如果是则问题不大，如果不是则还会涉及到两套权证的变更要件问题，特别是对于矿业权转让交易来说，交割要件即由原来的一证变更变为了两证变更；第六，从两权利的延续角度入手，两权利的延续条件大概率会有所区别，这或将导致延续成本和相关不确定风险的增加。

一言以蔽之，笔者作为乐观的悲观主义者，常常会把所有困难考虑在前面，但笔者最终目的还是希望新矿法能够尽善尽美地助力我国矿产资源事业实现新的腾飞，笔者也相信上述问题在矿法修订之初即会被矿政管理机关关注到，因此我们能做的，就是提醒和等待配套政策的出炉，而勤劳聪明的中国人也总会有解

决办法的。

第六部分\

明确规定建设单位压覆矿产资源 仅向矿业权人给予合理补偿即可， 用行政补偿完全替代了侵权 赔偿的情形，妨害了矿业权人依法 享有的主张侵权责任赔偿的 权利

新矿法第三十二条第三款规定：“建设项目确需压覆已经设置矿业权的矿产资源，对矿业权行使造成直接影响的，建设单位应当在压覆前与矿业权人协商，并依法给予公平、合理的补偿”。

笔者看到这一条时的第一反应，说实话，挺失落的。随即想起今年在最高院的一宗压覆采矿权侵权再审案件，于是更加失落。那样一宗明显侵权的压覆案件，最高院却最终以国有企业基于公共利益造成压覆为由发回重审，且未对是否构成侵权进行任何正面回应，让人唏嘘不已。

一个本不该由矿政管理手段介入的平等民事主体间的赔补偿行为，还是没能在新矿法中逃脱宿命般的结局。但令笔者感到困惑的是，新矿法甚至没有区分基于公共利益需要造成的

压覆和一般营利建设项目造成的压覆所应承担的责任（笔者理解是不同的），而是径行以合理补偿作为所有压覆行为的解决方式。笔者不禁要问：为何矿业权人不能对被压覆行为说no？为何只要被压覆就必须接受补偿的结果？

可以说，新矿法的规定是用行政补偿完全替代了侵权赔偿的情形，但事实上，无论是基于公共利益还是营利需要而实施的建设项目压覆行为，都存在通过严重侵权行为达成压覆目的的案例，但从新矿法的立法意图和最高院近几年的司法裁判精神来看，赔偿责任已几乎在压覆侵权领域隐入尘烟。唯一留下的，便是一声声沉重的叹息。

第七部分\

新矿法首次从国家立法层面作出了露天开采战略性矿产资源在符合法定条件的情况下可以临时使用土地等新规定，该举措不仅对露天开采战略性矿产资源临时使用土地提供了重要的法律依据和制度保障，同时也标志着“合法采矿、违法用地”现实难题的解决取得了突破性进展

新矿产资源法第三十四条第三款规定：“勘

查矿产资源可以依照土地管理法律法规的规定临时使用土地。露天开采战略性矿产资源占用土地，经科学论证，具备边开采、边复垦条件的，报省级以上人民政府自然资源主管部门批准后，可以临时使用土地；临时使用农用地的，还应当按照国家有关规定及时恢复种植条件、耕地质量或者恢复植被、生产条件，确保原地类数量不减少、质量不下降、农民利益有保障”。

长久以来，采矿用地一直都是法律风险频发的重灾区，俨然已经成为困扰诸多矿业企业生产经营的主要难题之一。现行土地管理法律法规在强调严格审慎土地管理原则的同时并未对采矿用地作出明确具体的制度安排，而原有的矿产资源管理法律法规亦采取了“矿地分离”的立法模式，矿地法律规范与管理制度的脱节、矛盾与滞后，不仅造成了关于采矿用地的民事纠纷与行政争议频发，甚至采矿权人会因采矿用地问题而面临触及刑事责任红线的法律风险。与此同时，无论是《土地管理法》《土地管理法实施条例》等土地管理的法律法规，还是旧矿法等矿政管理的法律法规，均没有对开采矿产资源能否临时用地的问题进行正面回应。

而新矿法则首次从法律层面对此问题作出了明确规定：“露天开采战略性矿产资源占用土

地，经科学论证，具备边开采、边复垦条件的，报省级以上人民政府自然资源主管部门批准后，可以临时使用土地”。上述规定无疑是解决采矿用地难题的重大突破，但同时开采矿产资源临时使用土地必须满足以下要求：

一是矿种及开采方式方面的要求，矿种应属于战略性矿产资源且开采方式应属于露天开采。为保障国家经济安全、国防安全和战略性新兴产业发展需求，国务院于2016年11月2日批复同意的《全国矿产资源规划（2016—2020年）》将石油、天然气、页岩气、煤炭、煤层气、铀、铁、铬、铜、铝、金、镍、钨、锡、钼、锑、钴、锂、稀土、锆、磷、钾盐、晶质石墨、萤石等24种矿产列入战略性矿产目录，作为矿产资源宏观调控和监督管理的重点对象，并在资源配置、财政投入、重大项目、矿业用地等方面加强引导和差别化管理。

二是土地复垦方面的要求，具备边开采、边复垦的条件。自然资源部于2024年发布了《煤矿土地复垦与生态修复技术规范》《金属矿土地复垦与生态修复技术规范》《石油天然气项目土地复垦与生态修复技术规范》《矿山土地复垦与生态修复监测评价技术规范》等4项国家标准，这是我国首批专门针对正在生产矿山土地复垦与生态修复的国家标准，也对生产矿山“边开采、边复垦”提出了具体要求。

三是行政审批方面的要求，报经省级以上人民政府自然资源主管部门批准。根据《自然资源部关于规范临时用地管理的通知》（自然资规〔2021〕2号）的规定，县（市）自然资源主管部门负责临时用地审批，其中涉及占用耕地和永久基本农田的，由市级或者市级以上自然资源主管部门负责审批。新《矿产资源法》对露天开采战略性矿产资源临时使用土地的行政审批提出了更高的要求，需报经省级以上人民政府自然资源主管部门批准。

此外，除了上述特殊条件外，露天开采战略性矿产资源临时使用土地还应当符合临时用地相关法律法规以及规范性文件关于临时用地的具体要求。

第八部分\

矿区生态修复义务主体可通过矿业权出让、转让合同予以另行约定

新矿法第四十五条第二款规定：“采矿权转让的，由受让人履行矿区生态修复义务，国家另有规定或者矿业权出让、转让合同另有约定的除外”。

对此规定，笔者认为，能够理解立法者的初衷是为了矿区生态修复义务主体的多样化，

允许在矿业权出让及转让合同中对义务主体进行约定。但有个需要考虑的现实问题是，由于矿业权出让合同相对固定，故关于生态修复义务主体的约定亦是固定的。但对于矿业权转让合同来说，则可能会出现各种五花八门奇奇怪怪的约定，比如说，转让合同约定矿区生态修复义务由某个具体的第三方承担，且转让方和受让方均不承担；再比如说，矿业权转让合同约定的义务主体同出让合同约定的义务主体存在冲突，到底应以哪份合同为准，其实都是问题。因此，笔者建议自由约定权控制在矿业权一级出让合同层面即可，审慎赋予二级市场转让合同的自由约定权。

第九部分\

两证赋两权后，新矿法关于非法采矿的行政处罚发生了较大变化，且可预见的是，刑事责任认定标准亦会在不久的将来随之发生调整

新矿法第六十四条第一款规定：“违反本法规定，未取得采矿权开采矿产资源的，由县级以上人民政府自然资源主管部门责令停止违法行为，没收直接用于违法开采的工具、设备以及违法采出的矿产品，并处违法采出的矿产品

市场价值三倍以上五倍以下罚款；没有采出矿产品或者违法采出的矿产品市场价值不足十万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款；拒不停止违法行为的，可以责令停业整顿”。

第六十七条规定：“违反本法规定，采矿权人未取得采矿许可证进行矿产资源开采作业的，由县级以上人民政府自然资源主管部门责令改正；拒不改正的，没收直接用于违法开采的工具、设备以及违法采出的矿产品，处违法采出的矿产品市场价值一倍以上三倍以下罚款，没有采出矿产品或者违法采出的矿产品市场价值不足十万元的，处十万元以上五十万元以下罚款，并可以责令停业整顿”。

笔者注意到，由于两证赋两权的矿权设立逻辑，亦导致了非法采矿行政处罚被分为了两种情形予以规定：未取得采矿权证即实施开采行为的，除没收直接用于违法开采的工具、设备以及违法采出的矿产品外，还要并处违法采出的矿产品市场价值三倍以上五倍以下罚款；已取得采矿权证但未取得采矿许可证即实施开采行为的，责令后拒不改正的没收直接用于违法开采的工具、设备以及违法采出的矿产品，拒不改正的才会涉及处违法采出的矿产品市场价值一倍以上三倍以下罚款。由此观之，取得采矿权证和未取得采矿权证即实施非采的行政处罚标准是不一样的。

由此延伸至非采刑事责任认定层面，笔者认为，非采刑事评价所保护的社会根本法益是国家对于矿产资源的所有权和正常的矿政管理秩序。而目前关于非采刑事认定的标准是以一证赋两权作为基础的，即如果没有采矿许可证而实施开采行为，将同时因对两种法益构成侵害而受到刑法谴责。但新矿法颁布实施后的两证赋两权，则在某种程度上将前述两种法益分别置于两宗权证中，在此情况下，如仍以是否取得采矿许可证作为认定非采罪与非罪的标准则明显有失偏颇。因此，笔者认为，在可预见的未来，非采刑事责任的认定标准肯定会随两证赋两权的矿权设立模式发生重大调整。在笔者看来，取得采矿权证后的开采行为至少不应再受到非采刑事犯罪的过分苛责，或者说，此类开采行为只有在已接受行政处罚且拒不改正的情况下才会受到刑事的评价。与此同时，鉴于探转采已明确成为法定排他性权利，且在获得探明资源量后即可申请转采，故在对于已获探明资源量（应经过评审备案）或已提交探转采申请的探矿权人实施开采行为的法律评价中，亦不宜直接以非法采矿罪予以苛责，还是应该结合具体情况作出符合保护法益的结论和判断。

行文至此，夜已深，天已凉，感谢同仁们热情依旧不减，其实还有很多细碎的小点可以

拿出来继续说道说道，然焰火有限，旁白有边，是时候结束一天的表演，带着兴奋与疲惫共存的今天，沉入梦里，迎接太阳照常升起的明天。

最后，希望大家都能在这场分享中偶有所得，于是欢颜。 ☺



王振华
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5087 2886
wangzhenhua@zhonglun.com

员工因过错致企业损失的责任界定与合规建议

作者：张方伟 胡文杰



司法实践中，员工基于各类过错致使企业遭受重大经济损失的情况时有发生；个别案例中，甚至会出现因员工严重失职，导致企业经营困难、濒临破产的情形。对此，许多法院认为：根据民事法律的公平原则及权利义务相一致的原则，员工在履行职务的过程中因故意或者重大过失给企业造成损失的，应当承担相应的赔偿责任。同时，针对上述员工不当履职给企业造成损失的问题，《工资支付暂行规定》第16条与《民法典》第1191条也分别在不同程度上明确了员工应当在一定范围内赔付企业损失。

《工资支付暂行规定》第16条	因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。
《民法典》第1191条	用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的责任。

然而，就员工应于何种具体情形下承担赔偿责任、赔偿责任的具体范围以及此类争议应适用的案由等问题，司法实践中尚存在一定的分歧和争议。这些问题不仅涉及对员工行为的法律评价，还关系到赔偿责任的范围与限度、司法程序的正确适用。基于此，笔者基于北京地区的司法实践，将近年来有关损失赔偿责任界定的主要问题进行了一定的梳理分析，以期为企业在面对前述情况时依法维护自身权益提供一定参考。

第一部分\

员工承担赔偿责任的构成要件

（一）争议焦点1：员工承担赔偿责任是否以双方存在损失赔偿的书面约定为前提？——对此，北京地区并无统一的确定性意见

根据《工资支付暂行规定》第16条，因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。上述规定在实践中所引发的第一个问题就是：在缺乏书面约定的情况下，企业是否有权追究员工的赔偿责任，对此，北京地区的司法实践中存在一定的争议。

在笔者查阅的案件中，有部分最终支持用人单位的判决实际并未讨论双方是否存在有损失赔偿的约定以及该等书面约定是否为员工承担损失赔偿责任的必要构成要件，比如：

（2017）京02民终1640号、（2017）京02民终223号、（2023）京01民终1133号判决等。

但同时，笔者也调研到1个有不同观点的案例，（2023）京03民终16101号判决就明确指出：依据《工资支付暂行规定》第16条的规定，用人单位要求员工承担赔偿责任，在一般损害赔偿的构成要件基础上，还要求双方对此有明确的约定。在该案件中，鉴于企业与员工

之间没有前述约定内容，且法院也未认定员工存在企业所主张的故意或重大过失情形，最终法院并未支持用人单位关于要求员工赔偿损失的请求。

对此，笔者认为，对于缺乏书面约定的损失赔偿案件，如果以缺乏书面约定为由一概驳回企业追究员工损失赔偿责任的诉讼请求，可能会诱发员工的道德风险，导致更多员工侵害企业权益事件的出现。鉴于此，北京地区部分法院在处理员工损失赔偿事宜时，特别是在员工具有重大过错、给单位造成较大损失的情况下，并未完全将书面约定作为必然的审查标准，这样的做法具有其合理性。

（二）争议焦点2：员工承担赔偿责任是否以其存在故意或重大过失为前提？——对此，北京地区多数法院倾向于给出肯定性意见，且会综合参考各类因素予以认定员工是否存在故意及重大过失情形

尽管《工资支付暂行规定》第16条并未规定员工承担损害赔偿责任必须以其存在故意或重大过失为前提，而是只规定了因“劳动者本人原因”给用人单位造成经济损失的，应当承担赔偿责任。但结合笔者的经验和司法实践来看，北京地区的许多法院对于“劳动者本人原因”实质进行了限缩解释，也即只有在员工存在故意

或重大过失时才涉及赔偿责任的问题。

实践中，员工基于故意行为给单位造成损失的认定往往更为容易，但员工出现何种情形可以被认定为“重大过失”，这往往并无确切标准。具体而言：

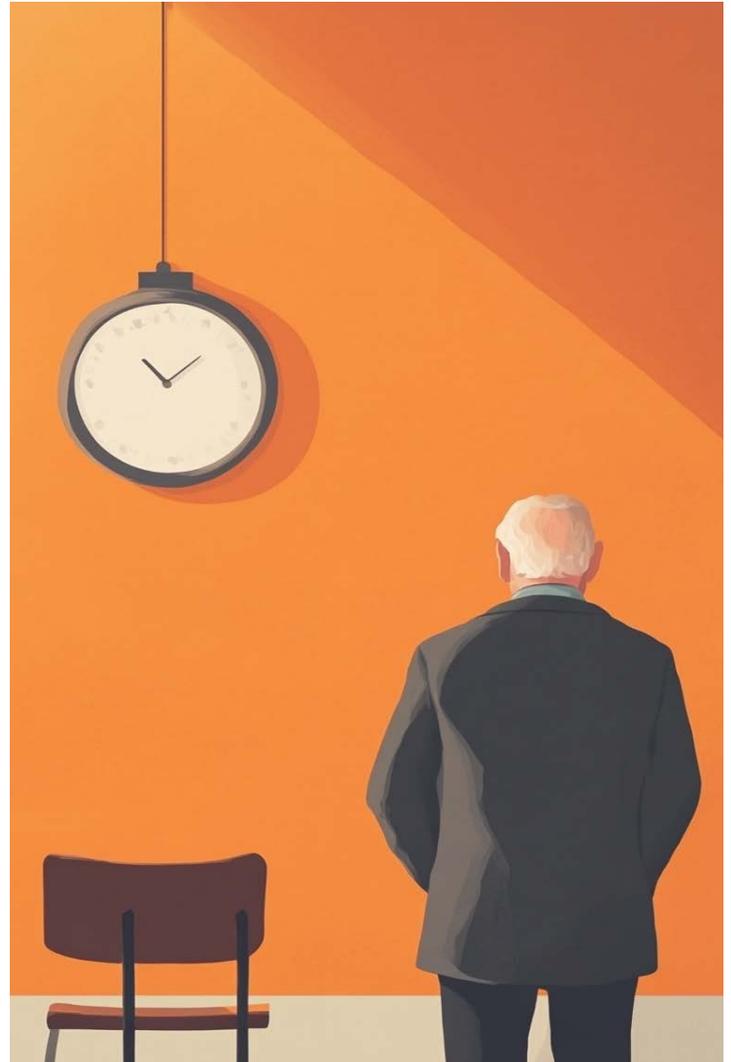
1、员工基于“故意”的行为给单位造成损失的情形一般包括员工侵占企业应收账款、侵占企业财物等等。

例如：（2023）京03民终19876号、（2022）京02民终2959号、（2023）京01民终1133号判决中均体现出类似情况。

2、员工基于“重大过失”的行为给企业造成损失的情形往往更为复杂。从笔者过往经验及北京地区司法实践来看，法院针对“重大过失”的认定往往会参考员工的工作性质、员工本身是否违反法律法规、执业纪律、职业道德、企业的规章制度等规定、企业自身是否存在过错等因素综合予以确定。

举例而言，员工工作性质对于其自身的注意义务要求越高的，在确实违反前述规定时，法院往往更加倾向于认定其需要承担赔偿责任。

相反，如员工在遵守各项规程的情况下，仅仅因为自身能力不足导致给企业造成损失的，司法实践中倾向于将其在一定程度上归责为企业应当承担的风险，不予支持企业的索赔请求，（2021）京03民终7759号判决就体现



了上述观点。

尤其需要说明的是：就笔者在北京地区所调研到的部分企业胜诉案例来看（详见下表），财务会计人员由于可以直接操作企业资金流转，且其自身岗位对于审慎性存在特殊要求，因而更易基于履职行为出现致使企业损失的事件，也更易被赋予更高的注意义务，从而有更大风险被认定应当承担损失赔偿责任。

案号	员工具体过错	案件结果
(2017)京02民终1640号	财务人员私自将企业银行账号及密码泄露，导致企业被诈骗。	员工需要承担一定的损失赔偿责任
(2016)京0111民初7399号	他人冒用领导名义通过QQ向财务人员下达转款命令，财务人员照做。	
2021年北京市劳动人事争议仲裁十大典型案例之六 ¹	会计及财务主管仅凭出纳的口头告知企业经理要求付款即审核汇款。	

第二部分\

员工承担赔偿责任的范围

（一）关于如何确定员工损失赔偿具体责任范围而言，司法实践中一般会区分以下两种情形予以不同处理：

1、如果员工故意侵占企业应得收益/款项，北京地区的法院通常会判决其返还全部不当所得，此类纠纷多见于员工基于职务便利非法侵占企业的应收账款、盗刷企业物联卡等场景，（2022）京02民终2959号判决就体现有上述观点。

2、若员工不存在上述情况，仅是基于过错导致企业出现经济损失的，法院将依据多维度因素，包括：员工从事工作的性质、员工的收入水平、企业遭受的实际损失情况（包括金额和追回款项的可能性）、双方各自的过错比

例，综合评估并裁定损失赔偿的额度。

根据笔者所查阅的部分案例（详见下表），前述损失赔偿的数额一般介于企业实际损失的10%至30%左右。



¹来源：https://rsj.beijing.gov.cn/bm/ztzl/dxal/202111/t20211105_2529673.html

案号	判赔比例
(2016)京0111民初7399号	企业损失的约20%
(2017)京02民终1640号	企业损失的约15%
(2023)京03民终19876号	企业损失的约30%
2021年北京市劳动人事争议仲裁十大典型案例之六	企业主张损失的10%

（二）关于员工损失赔偿数额是否存在封顶的问题，在员工已经离职的情况下，北京地区的许多法院未适用《工资支付暂行规定》第16条的封顶规定

具体而言：根据《工资支付暂行规定》第16条的规定，企业经济损失的赔偿，可从员工本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过员工当月工资的20%。对此，实务中存在争议的问题是：如果一个依法应当承担损失赔偿责任的员工，在其被追责时已经离职的，此时，员工对企业的经济损失赔偿数额是否受到《工资支付暂行规定》第16条关于封顶金额规定的限制？实务中对此存在两种相反观点。

笔者更认可不适用封顶规则的处理方式，原因在于：尽管笔者理解《工资支付暂行规定》第16条规定的本意是为了在员工生存权益与企业财产权之间寻求平衡，避免员工基于自

身过错、一次性承担高额赔偿责任从而失去基本生活的保障；在员工在职、持续提供劳动的情况下，按月扣款最终也能实现企业损失的逐步追回，具有一定的合理性。然而，必须要考虑到：对于已经离职的员工而言，企业客观上已经无法实现损失按月、按比例从工资扣除损失，此时如果继续适用《工资支付暂行规定》第16条的封顶要求，会诱使给企业造成重大损失的员工以主动离职的方式规避其应有的法律责任，导致出现道德风险。

从目前北京地区的案例来看，许多法院实际也并未适用《工资支付暂行规定》第16条的封顶规定，但法院一般都会将员工自身的收入水平纳入此类损失赔偿案件的重要参考因素，这也在一定程度上体现了司法的温度。

第三部分\

企业追究员工赔偿责任的案由选择

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第一条规定：“劳动者与用人单位之间发生的下列纠纷，属于劳动争议，当事人不服劳动争议仲裁机构作出的裁决，依法提起诉讼的，人民法院应予受理：(一)劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的纠纷。”基于上述规定，员工履职过程中出现过错导致企业损失时，企业常常会选择劳动争议案由予以处理。

然而，由于损失赔偿案件在某些情形下实际也符合侵权责任纠纷、财产损害赔偿纠纷、追偿权纠纷、不当得利纠纷等其他非劳动争议的外观，实务中出现的另一个争议是：企业向不当履职的员工追诉时，是否也可以选择“侵权责任纠纷”等其他非劳动争议的民事案由。对此，实务中存在不同的观点。

从笔者近期代理案件的情况及北京地区的司法实践来看，此类纠纷目前同时存在适用劳动争议及其他案由审理的情况，但总体而言，劳动争议案由还是占比居多。同时，在北京地区客观上也存在相似损失赔偿案件适用案由不一致的情况，以笔者自身经历的一起案件为例：北京地区某企业以侵权责任纠纷起诉员

工，要求员工返还其所侵占的企业款项，一审法院对此进行了立案及审理；然而，同样在北京地区，笔者也检索到了类似案件以劳动争议为案由审理的判决，例如：(2023)京01民终1133号、(2020)京01民终8869号、(2023)京02民终1418号案件等。

笔者更倾向于认为：此类损失赔偿纠纷尽管存在适用非劳动争议案由起诉的一定空间和法律依据，且实务中也存在部分观点认为：在请求权竞合时用人单位具备案由的选择权，但考虑到其此类争议毕竟发生于劳动关系履行期间，处于劳动合同法等劳动法律法规的保护范围，以劳动争议为案由提起仲裁及诉讼，属于更为稳妥的路径。

第四部分\

合规建议

近年来，因员工过错行为导致的企业经济损失案件屡见不鲜，但企业取得胜诉的难度依然较高。在此背景下，企业如何合法有效地保护自身权益变得至关重要。对此，笔者提出如下建议：

建议1：企业在劳动合同及规章制度中，应当尤其注意明确损失赔偿责任的界定及范围，具体而言：企业应当明确约定/规定员工的岗位

职责、具体工作要求、重大过失认定标准以及员工基于过错行为给企业造成损失后所应当承担的法律责任；此外，企业还应当要求员工签收确认前述约定/规定，涉及到规章制度的，还需事先充分履行民主制定程序，以确保前述约定/规定的合理合法性。

建议2：企业应当在日常中加强对于相关员工的岗位培训，以进一步强化对于员工的管理，并书面留痕，尽可能避免员工在给企业造成损失后，以不知晓企业规定、不存在故意或重大过失为由抗辩无需赔付企业损失。 ☞



张方伟
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2259
zhangfangwei@zhonglun.com

美国发布对华高科技领域 投资限制新规

作者：张国勋 代思浓 张超 方楚钰



2023年8月9日，美国总统拜登签署《关于解决美国对有关国家的某些国家安全和产品的投资问题的行政令》（*Executive Order on Addressing United States Investments in Certain National Security Technologies and Products in Countries of Concern*,以下简称“行政令”），授权美国财政部部长禁止或限制美国对中国半导体和微电子、量子信息技术以及人工智能三个领域的某些投资。

同日，美国财政部发布拟议规则预先通知（*Advanced Notice of Proposed Rulemaking, ANPRM*）（以下简称“拟议规则”），详细说明上述行政令的拟监管范围，并进行公示和征求意见。

2024年6月21日，美国财政部发布一项《拟议规则制定通知》（*Notice of Proposed Rulemaking*），对上述拟议规则的具体内容进行了大幅细化和完善，并公开征求公众意见。

2024年10月28日，美国财政部发布最终规则（*Provisions Pertaining to U.S. Investments in Certain National Security Technologies and Products in Countries of Concern*）（以下简称“最终规则”），调整上述拟议规则的部分内容，要求美国人向美国财政部申报涉及受关注国家实体的相关受辖交易；并禁止美国人从事涉及受关注国家实体的相关受辖交易。该最终规则将于2025年1月2日生效，同时上述行政令并未计划对相关受辖交易进行追溯，最终规则亦未明确相关受辖交易的溯及力条款，因此，行政令和最终规则无溯及既往的效力。

综上，上述行政令和最终规则填补了美国维持技术领先地位的“小院高墙”（*Small yard, high fence*）的国家安全审查的监管工具库，进一步推动美中高科技领域脱钩，将对中国高科技行业发展造成深远影响。本文结合最终规则中具体技术指标设定，按照“物项+交易+主体”的管制逻辑进行分析解读，提示中国企业注意相关行业领域的投资合规风险。

第一部分\

受管辖的产品和技术-物项分析

行政令的主要监管目标为“受管辖的国家安全技术和产品”（Covered national security technologies and products），具体包括半导体和微电子、量子信息技术、人工智能三个行业领域中，对“受关注国家”¹（Country of concern）的军事、情报、监控和网络相关能力至关重要的敏感技术和产品。这三个领域的

管控标准延续并拓宽了当前美国出口管制所重点关注的物项范围，从限制获取美国特定物项到控制“美国人”对华特定行业投资等多角度、多层次的对国际贸易和投资进行干预。

最终规则的确定再次从干预国际投资的角度，通过严格的技术标准红线打压限制我国半导体和微电子、量子信息技术和人工智能三个行业领域的国际融资和技术交流。

最终规则中物项技术指标和用途具体包括：

受管辖国家安全技术和产品	限制类型	具体描述
半导体和微电子	禁止类交易	<p>先进集成电路相关：</p> <p>1)电子设计自动化软件（EDA） 开发或生产专门用于设计集成电路或先进封装的电子设计自动化软件。</p> <p>2)半导体制造设备 开发或生产以下任一设备：</p> <p>（1）专门用于集成电路批量生产的前端半导体制造设备，包括从空白晶圆/基板到完整的晶圆/基板（即集成电路已加工但仍在晶圆/基板上）的生产阶段所使用的设备； 或 【新增】（2）进行批量先进封装的设备；或 【新增】（3）专门设计用于极紫外光刻制造设备的商品、材料、软件或技术，或者专门设计用于与极紫外光刻制造设备一起使用的商品、材料、软件或技术。 【（2）和（3）为新增最终用途】</p> <p>3)先进集成电路设计 设计符合或超过《出口管理条例》(EAR)第774 节补编1规定的ECCN 3A090.a²的技术指标的集成电路，或设计用于在 4.5 开尔文或低于 4.5 开尔文温度下运行的集成电路。</p>

1.目前包括中国（包括香港特别行政区和澳门特别行政区）。

2.3A090 集成电路技术指标如下：

a. 除易失性存储器外，所有输入和输出的总双向传输速率达到或可编程达到600 Gbyte/s 或以上的集成电路，以及下列任何一种集成电路：

a.1. 一个或多个执行机器指令的数字处理器单元，其每个操作的位长乘以以 TOPS 为单位的处理性能，所有处理器单元的总和为 4800 或以上；

a.2. 一个或多个数字“原始计算单元”，但不包括执行与计算 3A090.a.1 的 TOPS 有关的机器指令的单元，其每个运算的位长乘以所有计算单元合计的 TOPS 处理性能，等于或大于 4800；

a.3. 一个或多个模拟、多值或多级“原始计算单元”，其处理性能以 TOPS 乘以 8 计算，所有计算单元的总和为 4800 或以上；或

a.4. 按 3A090.a.1、3A090.a.2 及 3A090.a.3 计算的总和达4800 或以上的任何位数处理器单元及“基本计算单元”的组合。

受辖国家安全和产品	限制类型	具体描述
		<p>4) 满足以下任何条件的先进集成电路制造³:</p> <ul style="list-style-type: none"> (1) 非平面晶体管结构 (FinFET或GAAFET) 逻辑芯片或16/14nm以下技术节点制程的芯片, 包括但不限于全耗尽硅绝缘体 (FDSOI) 集成电路; (2) 半间距为18nm或更小的DRAM, 或者 (3) 128层或更多层的NAND; (4) 由镓基化合物半导体制造的集成电路; (5) 使用石墨烯晶体管或碳纳米管的集成电路; 或 (6) 用于在 4.5 开尔文或低于 4.5 开尔文温度下运行的集成电路。 <p>5) 先进集成电路封装 使用先进封装技术封装的任何集成电路。 【拟议规则表述: 使用硅通孔或模内穿孔进行集成电路3D封装。】</p> <p>6) 超级计算机 开发(Develops)、安装、销售或生产超级计算机, 这些计算机由先进制程芯片组成, 可在 41,600 立方英尺或更小的尺寸内提供 100个或更多的双精度 (64位) 浮点运算/秒或200个或更多的单精度 (32位) 浮点运算/秒的处理能力。 【“开发”一词为新增表述】</p>
	应申报交易	其他非禁止类的集成电路设计、制造或封装相关交易。
量子信息技术	禁止类交易	<p>1) 量子计算机和组件 开发量子计算机或生产任何关键部件, 该关键部件是生产量子计算机所必需的, 如稀释制冷机或两级脉冲管低温冷却器。</p> <p>2) 量子传感器 开发或生产任何量子感测平台, 该平台用于任何军事、政府情报或大规模监控, 或相关受关注国家实体计划将相关平台用于上述最终用途。</p> <p>3) 量子网络和量子通信系统 开发或生产任何量子网络或量子通信系统, 其设计用途或相关受关注国家实体计划用于以下目的:</p> <ul style="list-style-type: none"> (1) 建立网络以扩大量子计算机的能力, 例如用于破解或破坏加密; (2) 安全通信, 如量子密钥分发; 或 (3) 任何其他具有军事、政府情报或大规模监控最终用途的应用。 <p>【(1) 和 (3) 为新增最终用途】</p>
	应申报交易	无

3. “集成电路的制造” (Fabrication of integrated circuits) 的定义为: 在半导体材料晶圆上形成晶体管、聚酰胺电容器、非金属电阻器和二极管等器件的过程。

受辖国家安全技术和产品	限制类型	具体描述
人工智能系统	禁止类交易	<p>1)最终用途 开发人工智能系统，其设计用途或相关受关注国家实体计划用于以下目的： (1) 军事最终用途（例如，用于武器瞄准、目标识别、作战模拟、军用车辆或武器控制、军事决策、武器设计（包括化学、生物、放射性或核武器）或作战系统后勤和维护）；或 (2) 政府情报或大规模监控的最终用途（例如，通过整合挖掘文本、音频或视频；图像识别；位置跟踪；或秘密监听装置等功能）。 【（2）为新增最终用途】</p> <p>2)计算能力 开发任何人工智能系统，其训练所需的计算能力均大于： (1) 10^{25} 次计算操作（如整数或浮点运算）；或 (2) 主要使用生物序列数据进行10^{24}次计算运算（如整数运算或浮点运算） 【“计算能力”为新增内容】</p>
	应申报交易	<p>开发其他非禁止类的人工智能系统，满足下述任一条件： (1) 设计用于任何军事最终用途（如武器瞄准、目标识别、战斗模拟、军用车辆或武器控制、军事决策、武器设计（包括化学、生物、放射性或核武器）或战斗系统后勤和维护）；或政府情报或大规模监视最终用途（如通过整合挖掘文本、音频或视频等功能；图像识别；位置跟踪；或秘密监听装置）； (2) 相关受辖外国人或特定合资企业计划用于以下任何用途：(i) 网络安全应用；(ii) 数字取证工具；(iii) 渗透测试工具；或 (iv) 控制机器人系统； (3) 使用计算能力大于 10^{23} 的运算量（如整数运算或浮点运算）进行训练。 【相较于拟议规则，最终规则对应申报类的人工智能相关交易进行了归类和细化】</p>

除上表中涉及半导体、量子计算和人工智能领域，符合以下条件的亦属于禁止类交易：

1)符合最终规则第850.209(a)(2)节规定的条件的，由于其与从事第850.224(a)至(k)段所述任何受辖活动（上述禁止类交易）的一名或多名受辖外国人有关联。其中，第850.209(a)(2)节规定的条件为直接或间接持有从事受辖活

动的受关注国家的主体中董事会席位、表决权、股权或任何合同权力，以控制该等主体的任何主体；或者，

2)受关注国家实体参与上述任何受辖交易，且相关交易包含被列入实体清单、军事最终用户清单（MEU清单）、军事情报最终用户、特别指定国民名单（SDN名单）（包括根

据50%规则被视同为SDN的主体)、中国军工复合体企业清单(CMIC清单)的主体以及被美国国务卿指定的外国恐怖组织。

第二部分\

受辖交易的范围和例外-交易分析

(一) 受辖交易范围

该规则所管辖的投资交易简称为受辖交易(covered transaction)，指“美国人”直接或间接参与的以下交易：

(1)收购股权或或有股权：美国人在收购时已知股权或或有股权属于受管辖外国人；

(2)提供贷款或债务融资：美国人在提供贷款或债务融资时已知该主体是受管辖外国人，这类贷款或债务融资给予或将给予美国人对该受管辖外国人利润收益、任命该受管辖外国人董事会(或同等机构)成员的权利、或其他具有股权性质但非典型贷款特征的财务或治理权利；

(3)债转股：美国人在转换时已知该主体是受管辖外国人，并且该或有股权是在2025年1月2日或之后由美国人收购的；

(4)绿地投资或其他企业扩张：美国人在受关注国家内收购、租赁或以其他方式开发业务、土地、财产或其他资产，且此类收购、租赁或以其他方式开发时知道这将导致或美国人计划导致以下结果(见右)：

(i)使其成为受管辖外国人；或
(ii)使受关注国家的人参与受管辖活动；

(5)设立合资企业：与受关注国家的实体共同设立合资企业，无论该合资企业位于何处，并且美国人在加入合资企业时已知该合资企业将从事或计划从事受管辖活动；

(6)作为有限合伙人(LP)或同等身份合伙人投资：收购非美国人的风险投资基金、私募股权基金、基金中的基金(FOF)或其他集合投资工具中的有限合伙人或等同权益，而美国人在收购时已知该基金很可能投资于受关注国家在半导体和微电子、量子信息技术或人工智能领域的个人(实体)，并且如果是由美国人直接进行收购的话，这类基金交易将视为受辖交易。

1.应申报交易

应申报交易是指相关受辖外国人或特定合资企业⁴(joint venture)参与的非禁止类受辖交易(具体可参考第一部分物项分析表格)。

此外，若某应申报交易涉及美国“黑名单”主体，包括实体清单、军事最终用户清单

4.特定合资企业指“美国人”与受关注国家的人员组建的合资企业，无论该合资企业位于何处，且该美国人在组建该合资企业时知道该合资企业将从事或计划从事受辖活动。

(MEU清单)、军事情报最终用户、特别指定国民名单 (SDN名单) (包括根据50%规则被视同为SDN的主体)、中国军工复合体企业清单 (CMIC清单) 的主体以及被美国国务卿指定的外国恐怖组织, 则其将“升级”为禁止类交易。

2.禁止类交易

禁止类交易是指相关受辖外国人或特定合

资企业参与的特定领域的受辖交易 (具体可参考第一部分物项分析表格)。

(二)例外交易和豁免

根据行政令和最终规则, 相关实施措施将仅针对高度敏感的技术和产品领域的投资, 排除下述相关“例外交易” (excepted transaction), 不在“受辖交易”的定义范围内:

类型	具体内容
1.投资	任何司法管辖区的任何公开交易的证券 (无论其以何种货币计价), 且交易在证券交易所或通过“场外交易”的方式进行。
	(A) 在美国证券交易委员会 (SEC) 注册的任何“投资公司”发行的证券, 例如指数基金、共同基金或交易所交易基金; 或 (B) 选择接受监管或作为商业发展公司 (a business development company) 接受监管的任何公司所发行的证券。
	在风险投资基金、私募股权基金、基金中的基金 (FOF) 或其他集合投资基金中担任有限合伙人或同等身份人员, 且: (A) 有限合伙人或同等身份人员在基金的任何投资和共同投资工具中的承诺资本总额不超过200万美元; 或 (B) 有限合伙人或同等身份人员已获得具有约束力的合同保证, 保证其在基金中的资本不会被用于从事如果由美国人从事则属于受辖交易 (视适用情况而定) 的交易。
	衍生产品, 只要该等衍生产品未授予获得受辖外国人的股权、与股权相关的任何权利、或任何资产的权利。
2.收购所有权	收购由一个或多个受关注国家的主体持有的实体的股权或其他权益, 如果: (1) 美国人收购受关注国家的主体持有的所有股权或其他权益; 且 (2) 收购后, 该实体不构成受辖外国人。

类型	具体内容
3.公司内部交易	美国人与其控制的外国实体之间的受辖交易，用于支持不属于受辖活动的业务，或维持该外国实体在2025年1月2日之前已从事的受辖活动。
4.约束性承诺	在2025年1月2日之后，根据2025年1月2日之前作出的有约束力的未缴资本承诺（uncalled capital commitment）进行的交易。
5.银团债务融资	美国人在违约或其他涉及银团贷款或类似融资安排的情况下获得受辖外国人的表决权，该集团中的美国个人贷款人不能自行针对债务人采取任何行动，且不是该集团的代理人。
6.股权薪酬	美国个人以获得股权或购买受辖外国人股权的期权的形式获得就业补偿，或行使该期权。
7.第三国措施	经美国政府确定的某些涉及美国境外国家或地区的个人进行的不属于受辖交易的活动。

最后，该最终规则规定了国家利益豁免的条件和程序要求，即美国财政部长在与美国商务部长、国务卿以及相关机构负责人协商后，可酌情决定某受辖交易可以豁免该最终规则部分规则的适用。

第三部分\

受辖交易相关主体-主体分析

(一) 美国人 (U.S. persons)

本规则的义务主体为“美国人”，包括美国公民、合法永久居民、根据美国或美国管辖区内的任何法律组建的实体，包括任何此类实体的外国分支机构，以及在美国境内的任何人。

其主要义务为：

- (1) 向美国财政部报告其每笔应申报的交易，并提供涉及受辖外国人的交易信息；以及
- (2) 禁止直接或间接参与涉及受辖外国人的禁止类交易。

此外，美国财政部还要求美国人对“受控外国实体”（Controlled foreign entity）承担义务，包括：

- (1) 向美国财政部申报关于“受控外国实体”进行的任何交易的信息；
- (2) 采取一切合理措施阻止“受控外国实体”参与禁止类交易。

本次最终规则明确了“受控外国实体”的定义，包括：

1)由美国人作为其母公司，即美国人直接或间接持有该实体50%以上的投票权益或对董事会的投票权；

2)美国人担任该实体的普通合伙人、管理成员或拥有同等职位；

3)若该实体为集合基金，则美国人作为该基金的投资顾问。

同时，最终规则明确禁止任何以规避目的而进行任何共谋以及旨在逃避、具有逃避目的、导致违反或试图违反该行政令或条例的任何行动，禁止美国人在**明知**的情况下以规避的方式开展（knowingly directing）交易。

对于主观意识的判断，美国财政部采用类似《出口管理条例》（EAR）中的**知晓标准（Knowledge Standard）**，基于美国人对相关交易情况的明知或应知来认定其义务。其中，“知晓”（Knowledge）指对某种情况的认知，包括“实际知晓”（actual knowledge）、“高度认识”（an awareness of a high probability）或“有理由知晓”（reason to know），不仅包括积极了解情况存在或极有可能发生，而且还包括对其存在或未来发生的高概率可能性的认知。

在特定交易发生时，美国人是否知晓特定事实或情况，将根据美国人通过合理、审慎的调查所掌握或本应掌握的信息进行评估。这意

味着，根据公开可获得的信息和适当尽职调查所获信息，美国人需要知晓或者应当合理地知晓，其涉及“受辖外国人”的交易是否受到管辖。

(二) 受辖外国人（Covered foreign person）/受关注国家的主体（Person of a country of concern）

美国人被禁止或应当向美国财政部申报与“受辖外国人”所进行的投资交易。

最终规则将“受辖外国人”（Covered foreign person）定义为：（1）从事受辖活动（covered activity）的受关注国家的主体；（2）直接或间接持有上述（1）中主体董事会席位、表决权、股权或任何合同权力，以控制该等主体的任何主体。

最终规则将“受关注国家的主体”（Person of a country of concern）定义为：（1）美国之外的受关注国家的公民或永久居民；（2）根据受关注国家的法律组建或主要营业地点、总部或注册地在受关注国家的实体；（3）受关注国家的政府（包括任何政治分支、政党、政府机构或部门）或者该等国家的政府拥有、控制或指挥的任何主体、代表该等国家的政府行事的任何主体；或（4）上述主体单独或合计、直接或间接持有不少于50%的权益（包括未行使的表决权、董事会表决权或股权）的实体。

第四部分

申报义务合规分析

（一）申报的前置条件

前置条件	1. 美国人参与了应申报交易(第850.401节);
	2. 受辖外国实体所进行的交易, 如美国人参与则应当予以申报(第850.402节); 或
	3. 美国人在交易完成之后认识到, 如果其在完成前已经了解到相关事实或情况, 该交易本应是受辖交易(第850.403节)。

在上述三种情况下, 美国人需遵守规定程序, 按时向美国财政部提交完整准确的材料, 并保存记录, 如提交后发现材料遗漏或不准确的, 应立即向财政部申报。

如符合第三项前置条件, 所涉交易属于应申报交易或禁止类交易, 则美国人申报时应提交相关材料, 解释为何在交易时没有知晓有关事实, 并描述交易前采取的所有尽职调查措施。

（二）申报程序

最终规则第850.404节规定了申报程序:

1. 提起申报时需采用电子形式;
2. 美国财政部可联系已提起申报的美国人, 提出与交易或遵守规则有关的问题或文件要求;
3. 如符合第1项或第2项前置条件, 美国人

需在应申报交易完成后30个日历日内提起申报; 如符合第3项前置条件, 美国人需在其知晓后30个日历日内提起申报;

4. 美国人在交易完成前已经提起申报, 且原始申报的信息出现重大变更的, 需在交易完成后30个日历日内更新申报;

5. 美国人获得先前未能获得的信息后, 需在30个日历日内以书面形式通知财政部。

就申报程序的相关规定而言, 最终规则与拟议规则在内容方面保持一致。

（三）申报的内容

美国财政部拟要求美国人进行申报的信息包括以下内容: 美国人和受辖外国人的信息、对交易的商业理由的简要描述, 以及对受辖外国人所从事的受辖活动的讨论。具体包括:

(1) 提交申报的美国人代表的联系信息, 包括该代表的姓名、职务、电子邮件地址、邮寄地址、电话号码和雇主;

(2) 美国人的描述, 包括名称、主要营业地、注册地或法律组织、公司地址、网站, 如果美国人是实体, 还包括美国人的最终所有人;

(3) 美国人的交易后组织结构图, 其中包括美国人的中间和最终母实体的名称、主要营业地、注册地或法律组织, 标明美国人与美

国人的任何受控外国实体的关系，并标明受管辖的外国人和参与交易的其他相关人员；

(4) 简要说明该交易的商业理由；

(5) 简要说明美国人确定交易为受辖交易的原因；

(6) 交易的状态；

(7) 以美元或等值美元表示的交易总价值，对如何确定交易价值的解释，以及对交易对价（包括现金、证券、其他资产和债务豁免）的描述；

(8) 交易完成后，美国人及其关联公司在受辖外国公司中的总股本权益、投票权益、董事会席位（或同等持股），包括任何未来投资协议或承诺的说明，或未来在受辖外国公司（或合资企业）中进行投资的选择权；

(9) 受辖外国实体的信息；

(10) 识别和描述由受辖外国人所从事的各种活动，以及对受辖外国人的技术、产品或服务的已知最终用途和最终用户的简要描述；

(11) 描述导致该实体成为受辖外国人的声明，以及关于受辖外国人和受辖活动的任何其他相关信息；

(12) 确定生产任何适用产品的技术节点。

根据第3项前置条件进行申报的，申报必须明确美国人在交易后实际知晓的事实或情

况，解释其在交易时为何不知晓，并描述在交易完成前所做的尽职调查措施。

美国人需保留与受辖交易相关的记录，期限自提交申报之日起，为期10年。

如果不能提供上述信息，美国人需解释为何其无法获得该信息，并说明已采取哪些措施来努力获得该信息。

较之拟议规则，最终规则对第（a）段和第（b）（3）款和第（b）（9）款进行了修改，明确了提交财政部的申报必须准确和完整，并且增加了中间母实体和最终母实体，以及与这些中间母实体和最终母实体有关的信息。

（四）申报材料的缺失或不实

任何作出陈述、声明或提交证明文件之人，一经发现其所述内容存在重大遗漏或不准确之处，应立即以书面形式通知美国财政部，且此申报的提交不得迟于知悉该情况后的三十个日历日之内。



第五部分\ 罚则

最终规则F部分和G部分规定了有关违反最终规则的罚则，内容包括违规行为、处罚和自愿披露程序。

1.违规行为

最终规则规定了四类被视为违反最终规则的行为。该等行为包括：采取最终规则所禁止的任何行动；未能在规定时间内以规定方式采取最终规则所要求的任何行动；在根据最终规则提交任何信息时向美国财政部作出重大虚假或误导性陈述；以及任何规避行为。具体违规行为如下：

序号	违规行为	具体内容
1.	采取本规则禁止的行动。	采取本规则禁止的任何行动均属违反本规则。
2.	未满足要求。	未采取本规则要求的任何行动，且未根据本规则规定的时限和方式采取行动（如适用），均属违反本规则。
3.	歪曲、隐瞒和遗漏事实。	根据本规则任何规定向美国财政部提交信息或与美国财政部沟通时，作出任何重大虚假或误导性陈述、声明或证明，或伪造、隐瞒或遗漏任何重大事实，均属违反本规则。
4.	规避；企图；导致违反；共谋。	(a)禁止在本规则生效后采取任何行动，以规避或避免、导致违反或企图违反本规则规定的任何禁令。 (b)禁止共谋违反本规则规定的禁令。

2.处罚

最终规则G部分规定了违反本规则规定可能受到的民事和刑事处罚，以及撤资的“行政处罚”。

(1) 民事和刑事处罚

美国《国际紧急经济权力法》（以下简称“IEEPA”）第206节适用于违反本规则的**任何受美国管辖的主体**。

根据IEEPA，自《最终规则》发布之日起，违法行为的最高民事处罚为368,136美元（每年根据通货膨胀进行调整）或违法行为交易价值的两倍（以较高者为准）。

对于故意实施、协助或教唆他人实施违反本规则行为的任何主体，**一经定罪**，应处以不超过100万美元的罚款，对于自然人，应处以不

超过20年的监禁，或两者并罚。

此外，任何人向美国政府隐瞒或掩盖重要事实、作出重大虚假或误导性陈述，均应根据《美国法典》第18编（Title 18, United States Code）处以罚款或不超过5年的监禁，或两者并罚。

（2）撤资

除民事处罚和刑事处罚外，G部分第850.703节规定，美国财政部长可以根据IEEPA采取任何授权的行动，以使任何被禁止的交易无效、作废或以其他方式要求撤资。

3. 自愿披露程序

最终规则规定了**自愿自我披露程序**。任何可能构成违反本规则规定的行为人，均可向美国财政部自愿披露该行为。美国财政部将考虑任何自愿自我披露的提交情况和及时性，以确定对任何违规行为的适当回应。行为人向美国财政部自愿披露必须采取书面形式，描述可能构成违规的行为和每个相关人员的身份信息。

第六部分\

结语

从国际投资监管环境看，美国此次最终规则的发布，创造性地设立了由美国财政部、商

务部、国务院、司法部等联邦机构代表组成的多部门联合对华投资审查的系统性机制，补充了国家安全审查的监管工具库，由原来的单向外资审查改为双向投资审查，未来不排除美国将投资限制扩大到更多的领域，如生物技术领域等。此外，美国或将要求其欧洲和亚洲盟友采取类似措施限制对华投资，增加更多国际资本对华限制。

我们建议涉及半导体和微电子、量子信息技术以及人工智能领域的企业对照企业本身所涉的技术和产品类别和技术指标是否落入管辖范围，及时分析合规风险，通过各种措施降低相关监管政策对企业投融资业务的影响。此外，从合规角度提醒中国企业，在配合美国人申报相关境内项目信息以及产品技术参数和重要行业信息的情形下，全面评估中国法下数据出境或国家安全的潜在影响，根据中国相关法律法规的规定进行中国法下的相关申报和审批。 ☒



张国勋
高级顾问
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5087 2905
zhangguoxun@zhonglun.com

争议解决视角下的人格混同： 举证质证的十问十答

作者：李崇文 丑斌 史超文



在公司法领域，法人人格否认是一个经典而复杂的法律问题。对于在何种例外情况下，才允许债权人刺破公司面纱追究股东责任，不仅是法学理论探讨的热点，更是司法实践中的难点。而面对当事人的举证、质证，法院如何审查相关证据并作出判断，是法律实务的核心问题。本文旨在通过实证研究，尝试梳理、总结国内司法实践对各类证据的审查要点，以期为此类案件中的举证、质证策略提供实务建议。

问题1：仅提交审计报告能否证明财产独立？

问题2：财务会计报告、审计报告的常见瑕疵情形？

问题3：一人公司后续补作的审计报告的证明力？

问题4：专项审计报告的证明力？

问题5：如何认定并审查“财务记载”？

问题6：企业集团资金集中管理是否会被认定为财产混同？

问题7：如何证明“公司财产”由“股东占有、使用”？

问题8：验资报告、营业执照、公司章程的证明力？

问题9：如何认定“业务”混同？

问题10：如何认定“人员”混同？

第一部分\

财务会计报告、审计报告

问题1：仅提交审计报告能否证明财产独立？¹

相较于财务会计报告系公司单方制作、难以确认其客观真实性，审计报告由第三方专业机构出具，是人格混同案件中最为常见证据类

型。但关于仅提交审计报告能否证明公司与股东财产独立，司法实践多数持反对观点，主要理由包括：（1）从来源来看，审计报告所依赖的原始会计资料皆由公司单方提供，其真实

1. 参见（2021）最高法民终435号、（2020）最高法民终727号、（2019）最高法民终1093号、（2019）最高法民终203号、（2014）沪一中民四（商）终字第S126号【2016年第10期公报案例】等案例。

性、客观性、完整性无法保证；（2）从内容来看，审计报告只能反映公司的经营成果及财务状况，而未能实质反映公司与股东之间的资金往来和财产走向，因此无法单独证明公司与股东财产独立。少数支持观点认为，审计报告能够说明公司与股东财务独立核算、收入分别列支，具备独立完整的财务制度，能够证明二者财产独立。

问题2：财务会计报告、审计报告的常见瑕疵情形？²

即便不考虑前述证明力的问题，审计报告及未经审计的财务会计报告本身也可能存在诸多形式或内容上的瑕疵，进而成为债权人的质证理由，包括但不限于：

（1）财务报告本身就能体现财产混同迹象，例如母子公司之间存在性质不明的资金往来、存在不合理的担保或个别清偿等交易、存在不合理的大额调账、存在违法分红等；

（2）财务报告遗漏重要的（尤其是股东与公司之间的）或者可以公开查询到的交易或收支信息；（3）财务报告不具有完整性、连续性，未能完整涵盖案涉交易发生至争议期间；

（4）审计过程存在不规范，例如审计与出具财务报表的机构同一、法律依据有误、财务报表缺少附注、缺少负责人签字等。

问题3：一人公司后续补作的审计报告的证明力？³

依据《公司法》（2018修正）第六十二条的规定，“一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计”。实践中，部分一人公司在经营过程中并未按照该规定完成年度审计，而是在诉讼过程中临时委托审计。针对此类后续补作的审计报告，债权人在质证中可主张其客观真实性存疑，无法客观真实地反映公司财务状况；同时主张债务人未能进行年度审计，亦能证明公司财务制度不完整，存在不规范情形。

值得讨论的是，《公司法》（2023修订）删除了前述规定，仅保留了原第一百六十四条的规定，即现第二百零八条规定，“公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并**依法**经会计师事务所审计”。此处的“依法”，包括需要审计的公司范围和审计程序等均须依照法律、行政法规等规定，并非所有的公司均需要进行强制审计。因此，基于新《公司法》的规定，若无例外情形，一人公司似乎无需强制进行年度审计，即使未经年度审计也

2. 参见（2021）最高法民终697号、（2021）最高法民申3711号、（2021）最高法知民终1455号、（2021）最高法知民终822号、（2020）最高法民终1240号、（2020）最高法民申2057号、（2020）最高法民申5902号、（2019）鲁民终1309号、（2020）最高法民申4095号、（2019）最高法民申4160号等案例。

3. 参见（2021）最高法民申1537号、（2020）最高法民申4095号、（2020）最高法民申3767号、（2019）最高法民终1364号、（2019）最高法民申1163号、（2018）最高法民终1850号等案例。

不能直接证明公司财务制度不规范。虽法无强制要求，但如问题1所述，一人公司仅凭借后续补作的审计报告就得以证成与其与股东财产独立的难度仍然较大。

问题4：专项审计报告的证明力？⁴

区别于年度审计是对目标公司全年会计资料进行的审计，专项审计是对特定事项进行的审计。判断专项审计报告对于财产独立是否具有证明力，关键在于专项审计指向的内容是否与财产独立相关。

专项审计报告虽然由第三方专业机构编制，体现了机构的专业性和独立性，但本质上仅代表该机构对特定财务事项的分析和评估，在证据性质上更接近于鉴定意见，并不具备当然的证明力。因此，法院不会也不宜直接采信专项审计意见，通常还应当审查审计内容是否准确全面、审计意见是否客观公允。具体如，该专项审计报告是否能够全面反映公司的投资、经营、预决算、亏损弥补、分红等各个环节，能否清晰反映出公司与股东之间财产相分离，不存在公私账户混用、资金往来频繁等情形，即应当直接能从审计报告中得出股东与公司财产不混同的结论，方可采信。

4. 参见（2020）最高法民申356号、（2019）最高法民申4160号、（2017）最高法民终569号、（2021）豫民终266号、（2020）鲁民申11265号、（2020）鄂民终112号等案例。

第二部分\

公司及其股东之间的资金往来及对应的会计凭证、会计账簿

在判断是否构成财产混同时，相较于审计报告在证明力上的间接性，法院更倾向于直接审查公司与股东之间的资金往来是否有对应的财务记载，以及每笔往来是否存在异常情况，分别对应《九民纪要》第10条第（1）款至第（4）款的情形。

问题5：如何认定并审查“财务记载”？

从证据的表现形式来看，规范、完整的财务记载通常包括会计凭证、会计账簿和财务会计报告等。

依据《会计法》（2024修正）第九条、第十四条、第十五条的规定，公司进行会计核算，应当填制会计凭证，登记会计账簿，编制财务会计报告；而会计凭证包括原始凭证和记账凭证；会计账簿包括总账、明细账、日记账和其他辅助性账簿。同时，《会计法》（2024修正）第二十条删去了此前2017修正版本中规定的“财务会计报告由会计报表、会计报表附注和财务情况说明书组成”的表述，这意味着财务会计报告的构成由法定变为企业自主决定。

然而，在司法实践中，证成财产独立性并不要求完整提供前述的财务文件。举证方通常只需提交其中的核心和关键性文件即可，例如双方签订的交易合同、相应的付款凭证或银行流水记录，以及公司内部的记账凭证或账簿等。同时，即便记账过程中存在少许欠缺和错误，但能够与其他财务资料相互印证，或者公司对此做出了合理解释，也可以予以采信。⁵

从证据的证明力来看，财务记载背后的资金往来是否具备合理的商业实质，通常也是法院审查要点/债权人质证思路。

最高人民法院在《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》及部分判例中认为，“如果公司作了财务记载，那么就证明股东与公司之间的法律关系是借贷或者借用，而法律并不禁止股东与公司之间的借贷或者借用活动。在有财务记载的情况下，恰恰证明了股东与公司是两个独立的民事责任主体”。

尽管如此，司法实践中，即便能够提交相应的财务记载，法院仍有可能进一步审查公司与股东之间的资金往来是否具备合理的商业实质。常见的“不合理”情形如：（1）公司与股东之间的转账无法对应实际的业务往来/正当的交易理由；（2）公司与股东本人或其控制的账户之间存在频繁、大额资金往来，以致无法识别资金权属/用途；（3）股东频繁无偿使用

或者任意调动公司资金；（4）银行流水或者转账备注信息与其他财务记载存在矛盾，无法相互印证，而股东与公司又未能对此作出合理解释。

此外，站在公司或股东的角度，对资金往来合理的解释路径主要包括：（1）股东分红，但须注意是否符合法定的利润分配程序；（2）股东薪酬，需注意金额是否符合行业通常水平、是否缴纳个税等；（3）股东借款/还款等，需注意核查借贷是否持平，避免出现大额“有借无还”的情形。⁶

问题6：企业集团资金集中管理是否会被认定为财产混同？⁷

实践中，企业集团资金集中管理的模式主要包括：（1）统收统支模式、（2）备用金拨付模式、（3）结算中心模式、（4）内部银行模式、（5）财务公司模式、（6）现金池模式⁸。其中，常见的是结算中心模式、内部银行模式及财务公司模式（须经监管批准设立）。

司法实践中，资金集中管理行为本身并不

5. 参见（2021）最高法知民终380号、（2021）最高法民申5790号等案例。

6. 参见（2020）最高法民终1084号、（2020）最高法民申5116号、（2020）最高法民申3767号、（2020）最高法民申1106号、（2018）最高法民申2964号、（2018）最高法民终1251号、（2017）最高法民申2646号、（2019）最高法民终960号、（2019）鲁民终2057号、（2020）京03民终6234号等案例。

7. 参见（2021）最高法民申2540号、（2021）最高法民申1965号、（2018）最高法民终913号、（2021）京民申3366号、（2021）琼破1号、（2020）沪破监2号、（2020）津民终6号、（2019）苏民终1285号、（2019）粤民申6228号、（2019）津民终258号、（2019）晋民终644号、（2018）粤民申13100号、（2022）湘01民终7520号、（2020）京01民终3005号、（2020）粤01民再158号、（2020）川01民终8612号等案例。

足以认定财务混同，法院通常会结合如下因素进行综合判断：（1）资金的权属是否明晰，成员公司使用资金是否受到不当限制；（2）是否存在规范的资金归集管理制度，各成员单位是否分别列支列收、单独核算、资金往来财务记录清晰等等。

第三部分\

公司财产的登记、占有情况

问题7：如何证明“公司财产”由“股东占有、使用”？⁹

《九民纪要》第十条第五款规定了财产混同的情形之一，即公司的财产记载于股东名下，由股东占有、使用。司法实践中，常见情形主要包括，公司出资购买的房产、车辆、固定资产（如生产设备）等财产登记在股东名下，或由股东实际占有、使用。

这类证据的搜集思路主要包括：（1）公司端，主要是通过查阅公司的银行流水、会计凭证、财务报表等来核查公司的购买记录、进而证明案涉财产是公司财产；（2）股东端，主要是通过自然人股东的实际住所（如联系地址）、所用车辆，以及法人股东的财务账簿中相关科目的记载情况等来进行摸排其占有使用情况。

第四部分\

验资报告、营业执照、公司章程等

问题8：验资报告、营业执照、公司章程的证明力？¹⁰

司法实践中，公司或股东普遍提交的证据还包括验资报告、营业执照、公司章程等，但此类证据仅能证明工商注册或者变更登记时公司出资等情况，既不能证明公司具备独立规范的财务制度，也无法体现公司与股东之间的财务支付情况，不足以证明公司与股东财产相互独立。

第五部分\

工商登记等商业信息

问题9：如何认定“业务”混同？¹¹

业务混同的外在表征主要有，公司与其股东之间的经营业务、经营行为、交易方式、价格确定等持续混同，其本质则是业务混同情形导致公司失去了经营自主权和独立人格，导致外界无法区分实际经营主体。

9. 参见（2022）最高法民再51号、（2018）最高法民申2052号、（2018）沪01民终12115号等案例。

10. 参见（2020）最高法民终479号、（2019）最高法民终203号、（2016）最高法民再318号等案例。

11. 参见（2011）苏商终字第0107号【指导性案例15号】、（2013）民二终字第66号、（2019）粤民终528号、（2018）粤民申12304号、（2017）粤民申3093号等案例。

司法实践中，法院的审查要点主要包括：

(1) 公司及股东的经营范围是否一致，这既包括工商登记的经营范围，也包括实际从事的经营业务活动范围；(2) 公司及股东的具体经营行为是否存在混同情形，常见如，双方是否共用销售手册、经销协议、结算账户，是否共用电话号码、传真号码、网站、公众号、公司简介等对外联系或宣传方式等等。

从证据的表现形式来说，债权人常见的摸排对象主要包括：企业信用公示信息、公司官网或微信公众号等平台发布的信息、公司简介等宣传或招聘材料、交易合同或招投标信息等等。

问题10：如何认定“人员”混同？¹²

从范围来看，“人员”通常包括财务人员（例如财务负责人、会计、出纳等）、董监高、法定代表人等存在交叉任职，或者存在大量普通员工重叠。

人员混同的本质是组织机构混同导致公司不能形成独立的完全基于本公司利益的意志，致使公司的意志独立性丧失。因此，司法实践中，多数法院的审查重点集中在公司与股东的财务人员及管理人员是否存在交叉任职，如指导性案例15号认定存在人员混同的理由是“三个公司的经理、财务负责人、出纳会计、工商

手续经办人均相同，其他管理人员亦存在交叉任职的情形，川交工贸公司的人事任免存在由川交机械公司决定的情形”。

但部分法院认为存在大量普通员工重叠也构成人员混同，如《上海市高级人民法院民事审判第二庭关于审理公司法人人格否认案件的若干意见》第八条第三项将“人事混同情形”界定为“存在股东与公司法定代表人、董事、监事或其他高管人员相互兼任，员工大量重合等”。

从证据的表现形式来看，债权人可以通过公司的内部财务资料或对外公示信息来摸排人员混同的线索。

对于实控人、董监高的混同线索，债权人可以通过企业信用公示信息、工商档案、内部会议纪要、交易合同的授权签字主体、名片或邮件签名、官网等对外宣传文件等来核查确认；对于财务人员的混同线索，债权人可以从公司的会计凭证、财务报表、发票等证据来核查确认。

12. 参见 (2011) 苏商终字第0107号【指导性案例15号】、(2022) 黑破监1号【人民法院案例库案例】、(2020) 豫01民终16156号【人民法院案例库案例】、(2016) 浙民终599号【人民法院案例库案例】、(2019) 最高法民终579号、(2018) 最高法民终1251号、(2018) 最高法民终915号、(2018) 最高法民申4702号、(2018) 鲁01民终5479号、(2019) 赣民申11171号等案例。

第六部分\

结论

人格混同的司法认定是一个多维度、综合性的法律适用过程，它要求法官在全面审查证据的基础上，作出审慎而合理的判断。司法实践中，法院通常不会仅依赖单一证据而径直作出认定，而是综合考量不同证据的完整性、客观性、相互印证性以及是否具备合理的商业实质等多重因素。对于法律实务者而言，准确理解并掌握人格混同案件中常见证据类型的审查要点，对于构建有效的举证、质证策略具有至关重要的意义。 ☞



李崇文
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5087 2888
lichongwen@zhonglun.com



特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等视听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。